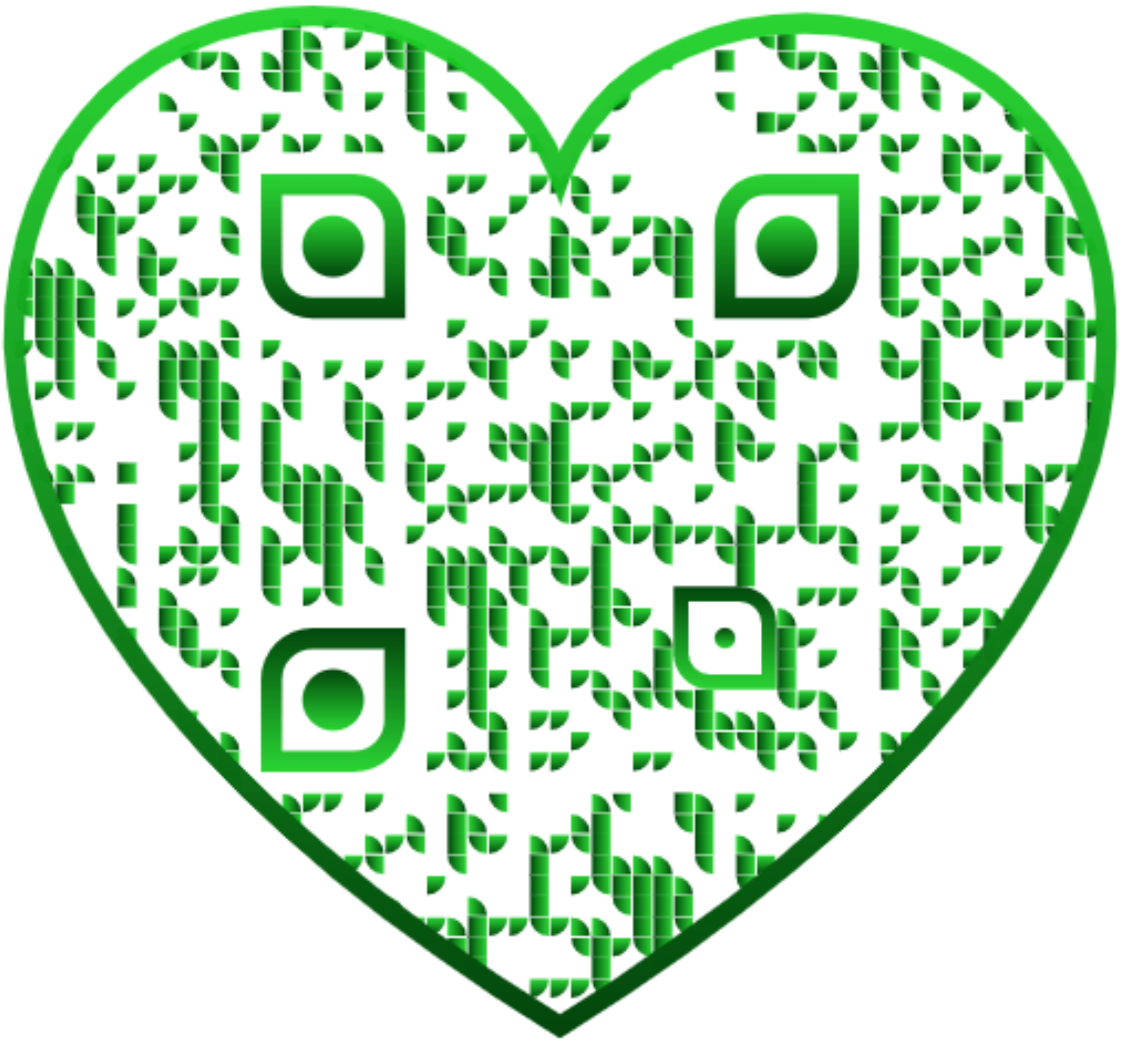
Patricia Grelier Wyckoff

# PRATIQUE DU DROIT DE LA CONSTRUCTION

## Marchés publics
## Marchés privés

**7e édition**

EYROLLES



# PRATIQUE DU DROIT DE LA CONSTRUCTION

## Marchés publics, marchés privés | 7e édition

Au vu de la jurisprudence, du Code des marchés publics, des ordonnances et des lois d'ordre public applicables aux marchés de travaux, de la loi MOP, de la loi LME, du CCAG-Travaux et de la norme Afnor NF P 03 001,

• Quel est le **rôle de chacun des intervenants sur un chantier de construction** ?
Maître d'ouvrage privé, maître d'ouvrage délégué, pouvoir adjudicateur, équipe de maîtrise d'œuvre, AMO, coordonnateur SPS, entreprises et sous-traitants : quels sont leurs **droits et obligations** ?

• Quels sont les éléments de **mission d'un maître d'œuvre** ? Qu'est-ce qu'une mission de base ? Quelle est la responsabilité du maître d'œuvre ?

• Quelles sont les obligations en matière de sécurité et de protection de la **santé** ?

• Comment **consulter les entreprises** ?
Lots séparés ou entreprise générale ? L'allotissement est-il obligatoire ? Dans quels cas peut-on passer un marché global ? Qu'est-ce que la conception-réalisation ? Qu'appelle-ton *groupement d'entreprises conjoint* et *groupement solidaire* ? Quel rôle le mandataire joue-t-il et quelle est sa responsabilité ? Est-il toujours solidaire des autres cotraitants ?

• Qu'appelle-t-on **sous-traitant** ? Quelles sont les règles à respecter ? La sous-traitance en chaîne est-elle possible ? et la sous-traitance de pose ? Quelles sont les sanctions encourues par le client en cas de sous-traitance irrégulière ? Comment fonctionne l'autoliquidation de la TVA ? *Quid* du paiement direct ? de la caution et de la délégation de paiement ? *Quid* de l'action directe et de l'action indemnitaire ?

• Quelle publicité faire pour **passer un marché** ? Qu'est-ce qu'un MAPA ? un appel d'offres ? un marché négocié ? Comment sélectionner les candidats ? les offres ? Qu'est-ce que l'offre économiquement la plus avantageuse ? *Quid* de la dématérialisation des procédures ? Comment lutter contre les **offres anormalement basses** et contre la **concurrence déloyale** des entreprises étrangères ?

• Quelles **cautions** le client, l'entrepreneur et le sous-traitant doivent-ils fournir ? Qu'est-ce qu'une **retenue de garantie** ? Quelle est la différence entre une caution et une **garantie à première demande** ? Quand le client doit-il fournir une garantie de paiement à l'entreprise ? Quelles sont les **sanctions** ?

• Comment gérer les inévitables **incidents** en cours d'exécution du chantier ? Quelles sont les **obligations** des entreprises ? Qu'est-ce que le **devoir de conseil** ? Quand faire une **lettre de réserves** ? Qui supporte la **garde du chantier** ? *Quid* des pénalités de retard ? Qu'est-ce qu'un marché aux prix unitaires ? au forfait ? *Quid* des travaux supplémentaires et de l'augmentation ou de la diminution des prestations ? Que mettre dans le **compte prorata** et comment le gérer ?

• Quel formalisme respecter lors de la **réception** de l'ouvrage ? Quels sont ses effets juridiques et financiers ? Comment se déroulent les OPR ? Qu'appelle-t-on *réception « réputée acquise »* et *réception tacite* ?

• Quels sont les **délais de paiement** des entreprises (situations mensuelles, solde, marchés publics, marchés privés entre professionnels) ? Les **délais de vérification** sont-ils inclus dans le délai global de paiement ? Quel est le formalisme du paiement du solde d'un marché de travaux ? Quels sont les **délais de forclusion** ? Qu'est-ce qu'un DGD ? Comment fonctionne la procédure du DGD tacite ? *Quid* des intérêts moratoires ou des pénalités de retard de paiement ? Comment faire un mémoire en réclamation ?

• Quels sont les recours des entreprises en cas de manquement du client aux **principes de transparence et d'égalité de traitement des candidats** ? Quels sont les pouvoirs du juge ? Faut-il faire préalablement un recours devant le CCIRA ? Qu'appelle-ton référés précontractuel et contractuel ? Quelles sont les conséquences des arrêts Smirgeomes et Tarn-et-Garonne ou Tropic II ?

Tous les professionnels et les futurs professionnels de la construction trouveront dans ce livre de référence périodiquement mis à jour les réponses à ces questions ainsi qu'à toutes les autres questions que soulèvent les marchés de travaux.

Chef du Service des marchés à la **Direction juridique et fiscale de la Fédération française du bâtiment**, professeur à l'**Institut d'études économiques et juridiques appliquées à la construction et à l'habitation** ainsi qu'au **Cnam**, juriste spécialisée, **Patricia Grelier Wyckoff** est notamment l'auteur de trois autres ouvrages de référence aux éditions Eyrolles : le *Mémento des marchés privés de travaux* (3e édition), le *Mémento des marchés privés de travaux* (5e édition) et le *Mémento des contrats complexes de la commande publique*.

**PUBLICS**
**Professionnels et futurs professionnels de la construction :**
**Juristes • Techniciens et ingénieurs • Maîtres d'ouvrage publics et privés • Architectes • Entrepreneurs**

**www.editions-eyrolles.com**

Code éditeur : G14105
ISBN : 978-2-212-14105-4

Couverture : Christophe Picaud • Maquette : studio Eyrolles • En couverture, de haut en bas : © djama. © PackShot. © fovivafoto. Toutes Fotolia

Patricia Grelier Wyckoff

# PRATIQUE DU DROIT DE LA CONSTRUCTION

## Marchés publics et privés

7e édition

EYROLLES

ÉDITIONS EYROLLES
61, bd Saint-Germain
75240 Paris Cedex 05
www.editions-eyrolles.com

Aux termes du Code de la propriété intellectuelle, toute reproduction ou représentation intégrale ou partielle de la présente publication, faite par quelque procédé que ce soit (reprographie, microfilmage, scannérisation, numérisation...) sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite et constitue une contrefaçon sanctionnée par les articles L.335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle. L'autorisation d'effectuer des reproductions par reprographie doit être obtenue auprès du Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC) – 20, rue des Grands-Augustins – 75006 Paris.
© Groupe Eyrolles, 2005, 2014, 2015, ISBN : 978-2-212-14105-4

# Table des matières

## PARTIE I

## Les intervenants à l'acte de construire


**1** Le maître d'ouvrage et le maître d'ouvrage délégué ..... 3

**1. La maîtrise d'ouvrage** ..... 3

1.1. Les différents types de maîtres d'ouvrage ..... 5
1.2. Les fonctions des maîtres d'ouvrage ..... 9
1.3. Le vocabulaire européen : pouvoir adjudicateur (PA) et entité adjudicatrice (EA) ..... 11

**2. Le maître d'ouvrage délégué (MOD)** ..... 11

2.1. Le maître d'ouvrage délégué quand le maître d'ouvrage est soumis à la loi MOP ..... 12
2.2. Le maître d'ouvrage délégué quand le maître d'ouvrage n'est pas soumis à la loi MOP (marché privé) ..... 15

**3. Conducteur d'opération et assistant à maître d'ouvrage (AMO)** ..... 21

3.1. Le conducteur d'opération ..... 21
3.2. L'assistant à maîtrise d'ouvrage (AMO) ..... 22
3.3. Choisir son conducteur d'opération ou son AMO : MAPA ou procédure négociée ..... 23

**2** La maîtrise d'œuvre ..... 25

**1. Généralités** ..... 25

1.1. La fonction de maîtrise d'œuvre ..... 25
1.2. Définition ..... 25

1.3. L'équipe de maîtrise d'œuvre : son rôle ..... 26
1.4. Nature des contrats de maîtrise d'œuvre ..... 26
1.5. Le dispositif réglementaire ..... 27
1.6. Les maîtres d'ouvrage assujettis à la loi MOP ..... 27
1.7. Les ouvrages concernés par la loi MOP ..... 27
1.8. Les contrats concernés par la loi MOP ..... 28

**2. Les éléments de mission de maîtrise d'œuvre** ..... 28
2.1. La phase de conception ..... 30
2.2. La phase de réalisation ..... 31

**3. La mission de base** ..... 33

**4. Le contrat de maîtrise d'œuvre** ..... 34
4.1. Généralités ..... 34
4.2. Le forfait de rémunération de la maîtrise d'œuvre ..... 35
4.3. L'engagement de la maîtrise d'œuvre ..... 36

**5. La responsabilité du maître d'œuvre** ..... 37
5.1. La conception : les fautes de conception ..... 37
5.2. Le défaut de conseil ..... 37
5.3. Le défaut de surveillance ..... 39
5.4. L'atténuation de la responsabilité du maître d'œuvre par celle d'un tiers ..... 40
5.5. La responsabilité du maître d'œuvre vis-à-vis de l'entrepreneur ..... 41
5.6. Garantie de bon fonctionnement et garantie décennale ..... 42

**6. La passation des marchés de maîtrise d'œuvre** ..... 43
6.1. Le contrat de maîtrise d'œuvre d'un maître d'ouvrage privé non soumis à la loi MOP ..... 43
6.2. La passation d'un marché de maîtrise d'œuvre d'un maître d'ouvrage soumis à l'ordonnance de 2005 et au décret du 30 décembre 2005 ..... 43
6.3. Les contrats de maîtrise d'œuvre d'un maître d'ouvrage soumis au Code des marchés publics ..... 45

## 3 Le coordonnateur sécurité et protection de la santé ..... 49

**1. Champ d'application et généralités** ..... 49
1.1. Espaces clos et indépendants ..... 49
1.2. Plusieurs entreprises ..... 50
1.3. Risque de coactivité ..... 50
1.4. Le dispositif légal et réglementaire ..... 51
1.5. Les trois catégories d'opérations SPS ..... 52
*1.5.1. Les opérations de catégorie III* ..... 52

**2. Les obligations des intervenants à l'acte de construire en matière de sécurité et de protection de la santé** ..... 54
2.1. Le coordonnateur SPS ..... 54
2.2. Les obligations du maître d'ouvrage ..... 56
2.3. Les obligations des entreprises ..... 60

**3. Les documents et le CISSCT** ..... 61
3.1. Le plan général de coordination santé et sécurité (PGC) ..... 61
3.2. Le plan particulier de sécurité et de protection de la santé (PPSPS) ..... 62
3.3. Le registre journal (RJ) ..... 64
3.4. Le dossier d'intervention ultérieure sur l'ouvrage (DIUO) ..... 65

**4. Le comité interentreprises de sécurité, de santé et des conditions de travail (CISSCT)** ..... 65
4.1. Composition du CISSCT ..... 66
4.2. Mission du CISSCT ..... 66
4.3. Règles de fonctionnement du CISSCT ..... 66

**5. Les obligations des particuliers en matière de coordination de travaux** ..... 67
5.1. Les obligations du maître d'ouvrage particulier ..... 68
5.2. Les obligations du coordonnateur désigné par la loi ..... 68

**6. Recommandations** ..... 69
6.1. En amont du chantier ..... 69
6.2. Pendant l'exécution du chantier ..... 70

**4 Les entrepreneurs (la dévolution des marchés)** ..... 71

**1. L'allotissement** ..... 72

**2. Le marché unique** ..... 77
2.1. Marché unique, dit « à l'entreprise générale » ..... 77
2.2. Les contrats globaux particuliers ..... 80

**3. Les groupements momentanés d'entreprises (GME) : la cotraitance** ..... 82
3.1. Généralités ..... 82
3.2. Les deux formes de groupements ..... 84
3.3. Le fonctionnement des GME ..... 87

**4. La sous-traitance** ..... 98
4.1. Règles communes à tous les marchés de sous-traitance ..... 98
4.2. Sous-traitance et marchés publics ..... 111
4.3.Sous-traitance et marchés privés ..... 125
4.4.Requalification du contrat de sous-traitance par le juge ..... 143

**5. Les sociétés en participation (SEP)** ..... 148
5.1. Qu'est-ce qu'une SEP ? ..... 148
5.2. Dans quelles hypothèses constituer une SEP ? ..... 148
5.3. Comment faire fonctionner une SEP ? ..... 150

**6. L'auto-entrepreneur** ..... 151
6.1. Création. Identification ..... 151
6.2. Conditions d'exercice de l'activité. Qualification préalable ..... 152

## PARTIE II
## Le cadre juridique de l'acte de construire

**5 Les contrats du secteur privé** ..... 157

**1. Nature juridique et domaine respectif de chacun des contrats** ..... 157
1.1. Domaine respectif des contrats dans le secteur protégé ..... 157
1.2. Domaine respectif des contrats hors du secteur protégé ..... 161

**2. Les contrats du secteur protégé : dispositions d'ordre public** ..... 162
2.1. Le contrat de vente d'immeuble à construire : VEFA ou VIR ..... 162
2.2. Le contrat de construction de maison individuelle (CCMI) ..... 167
2.3. Le contrat de promotion immobilière ..... 180
2.4. En résumé ..... 181

**6 Les contrats du secteur public** ..... 183

**1. Le contrat administratif** ..... 183
1.1. C'est la loi ou la jurisprudence qui qualifient un contrat de contrat administratif ..... 183
1.2. Un contrat administratif implique des prérogatives et des droits ..... 185

**2. Les principaux contrats administratifs** ..... 189
2.1. Le marché ..... 189
2.2. La délégation de service public ..... 189
2.3. Les concessions de travaux publics ..... 190
2.4. Le bail emphytéotique administratif (BEA) ..... 191
2.5. Le contrat de partenariat ..... 193
2.6. L'autorisation d'occupation temporaire (AOT) ..... 193
2.7. Les contrats de la loi MOP ..... 195
2.8. La vente en état futur d'achèvement (VEFA) ..... 195

**7** L'effet attractif des travaux publics ..... 197

**1. Notions de travaux publics et d'ouvrages publics** ..... 197

1.1. Les travaux publics ..... 197
1.2. Les ouvrages publics ..... 199

**2. Régime juridique des travaux publics** ..... 200

2.1. Le caractère attractif des travaux publics : compétence des tribunaux administratifs ..... 200
2.2. Les particularités du contentieux de travaux publics : la non-application de la règle du préalable ..... 203
2.3. Les privilèges attachés aux travaux et ouvrages publics ..... 203

**3. En résumé** ..... 204

3.1. Notions de travaux publics et d'ouvrages publics ..... 204
3.2. Régime juridique des travaux publics ..... 205

PARTIE III

Les marchés de travaux

**8** La passation des marchés de travaux ..... 209

**Introduction** ..... 209

**1. Le respect des grands principes** ..... 210

1.1. Le principe de transparence des procédures ..... 211
1.2. L'égalité de traitement des candidats ..... 212
1.3. La liberté d'accès à la commande publique ..... 214
1.4. Définition préalable du besoin ..... 217
1.5. Sanctions du non-respect de ces principes ..... 219

**2. La publicité** ..... 219

2.1. En dessous du seuil de 15 000 € HT : publicité non obligatoire ..... 220
2.2. Entre les seuils de 15 000 € HT et de 90 000 € HT : une publicité adaptée ..... 221
2.3. Entre 90 000 € HT et les seuils communautaires : une publicité formalisée ..... 223
2.4. Au-dessus des seuils communautaires : publicité européenne ..... 223
2.5. Modalités de publicité facultative et supplémentaire ..... 224
2.6. Le calcul des seuils : les notions d'ouvrage et d'opération (CMP, art. 27) ..... 225

**3. La sélection des candidats** ..... 226

3.1. Interdictions de soumissionner (CMP, art. 43) ..... 226
3.2. Cas des entreprises en difficulté financière ..... 229

3.3. Les critères de sélection des candidatures (CMP, art. 44 et 45) ..... 235
3.4. Pièces absentes ou incomplètes (CMP, art. 52) ..... 244
3.5. Documents à produire par le seul attributaire (CMP, art. 46 et 47) ..... 245

**4. La sélection des offres** ..... 246

4.1. Les critères de sélection des offres : l'offre économiquement la plus avantageuse (CMP, art. 53) ..... 246
4.2. Pondération des critères et des sous-critères (CMP, art. 53) ..... 255
4.3. Les offres anormalement basses (OAB) ..... 258
4.4. La méthode de notation des offres ..... 263
4.5. Variantes et options (CMP, art. 50) ..... 265
4.6. Erreur sur le DCE ou erreur matérielle de calcul ..... 267
4.7. Durée de validité des offres ..... 270
4.8. La notion d'offres irrégulière, inacceptable ou inappropriée ..... 271
4.9. Les pièces constitutives d'un marché ..... 275
4.10. Lutte contre la concurrence sociale déloyale ..... 277

**5. Les marchés à bons de commande et les accords-cadres** ..... 279

5.1. Les marchés à bons de commande ..... 279
5.2. Les accords-cadres ..... 282

**6. Les procédures de passation des marchés publics** ..... 284

6.1. Les marchés à procédure adaptée (MAPA) ..... 284
6.2. Les trois catégories de marchés formalisés ..... 291
6.3. La négociation ..... 304

**7. La dématérialisation des procédures de passation** ..... 307

**8. La passation des marchés privés** ..... 318

8.1. La passation des marchés privés non réglementés ..... 318
8.2. Le devis ..... 319
8.3. La passation des marchés (publics ou privés) soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005 ..... 322

## 9 Les garanties ..... 339

**1. Les garanties que le maître d'ouvrage peut exiger de l'entrepreneur dans les marchés publics** ..... 339

1.1. Retenue de garantie et caution, ou garantie à première demande ..... 339
1.2. Les autres garanties ..... 348

**2. Les garanties que le maître d'ouvrage peut exiger de l'entrepreneur dans les marchés privés (loi du 16 juillet 1971)** ..... 349

2.1. La retenue de garantie ou son remplacement par une caution ..... 349

2.2. Les autres garanties ..... 358

**3. Les garanties dans un contrat de sous-traitance** ..... 359

3.1. Celles que l'entrepreneur principal peut exiger du sous-traitant : une retenue de garantie remplaçable par une caution ..... 359

**4. La garantie que le maître d'ouvrage privé doit fournir à l'entrepreneur (C. civ., art. 1799-1)** ..... 361

4.1. L'obligation pour le maître d'ouvrage privé de garantir l'entrepreneur du paiement de ses travaux ..... 362
4.2. Le mécanisme de la garantie de paiement ..... 363
4.3. Portée de l'obligation : garantir les sommes dues dès la signature du contrat ..... 365
4.4. La sanction de la non-fourniture de la garantie ..... 367
4.5. Caractère d'ordre public de l'article 1799-1du Code civil ..... 371

**10 L'exécution du marché** ..... 375

**1. Les obligations liées à l'exécution des travaux** ..... 375

1.1. Le rôle du maître d'ouvrage pendant l'exécution ..... 375
1.2. Les obligations de l'entrepreneur liées à l'exécution des travaux ..... 375

**2. Le paiement des travaux supplémentaires dans un marché à prix global et forfaitaire** ..... 397

2.1. Le prix ..... 397
2.2. Les conditions du marché à forfait ..... 400
2.3. Les conséquences du marché forfaitaire ..... 405

**3. La modification dans la masse des travaux et ses conséquences en termes de prolongation du délai et d'indemnisation des entrepreneurs** ..... 418

3.1. Dans les marchés publics ..... 418
3.2. Dans les marchés privés ..... 422

**4. L'interruption des travaux** ..... 423

4.1. En marchés publics : pour défaut de paiement ..... 423
4.2. En marchés privés ..... 424

**5. Avenants et décisions de poursuivre (en marchés publics)** ..... 426

5.1. Les conditions de passation d'un avenant ..... 426
5.2. Avenant ou marché négocié complémentaire ? ..... 428
5.3. La décision de poursuivre ..... 429

**6. La gestion du compte prorata** ..... 430

6.1. Qui doit supporter les dépenses communes de chantier ? ..... 430
6.2. Gestion et règlement du compte prorata ..... 435

**11** La réception des travaux ..... 439
1. Caractéristiques ..... 439
2. Conséquences juridiques et financières au regard du droit des marchés ..... 441
2.1. Conséquences juridiques de la réception ..... 441
2.2. Conséquences financières de la réception ..... 441
3. Effets de la réception au regard de la responsabilité des constructeurs ..... 443
3.1. L'absence de réception ..... 443
3.2. La réception assortie de réserves ..... 443
3.3. La réception sans réserves ..... 444
4. Les étapes de la réception ..... 445
4.1. Dans les marchés soumis à la norme NF P 03-001 ..... 445
4.2. Dans les marchés publics soumis au CCAG Travaux 2009 ..... 446
5. Le refus de réception et les réserves à la réception ..... 452
5.1. Le refus de réception ..... 452
5.2. Les réserves à la réception ..... 453
6. Conditions de la réception tacite ..... 455
6.1. Dans les marchés publics ..... 455
6.2. Dans les marchés privés ..... 456
7. Divers ..... 457
7.1. La réception judiciaire ..... 457
7.2. Les caractéristiques de la garantie de parfait achèvement ..... 458
7.3. En résumé ..... 460

**12** Le paiement des marchés ..... 461
1. Le paiement des marchés publics soumis au Code des marchés publics et au CCAG Travaux 2009 ..... 461
1.1. Le respect des règles de la dépense publique et du financement préalable ..... 461
1.2. Le délai de paiement des entreprises ..... 463
1.3. L'avance, les acomptes ..... 468
1.4. Paiement du solde du marché : établissement du projet de décompte final et contestation du décompte général (CCAG Travaux 2009) ..... 469
1.5. Cession ou nantissement des créances résultant des marchés publics ..... 482
2. Marchés privés : les délais de paiement plafonnés dans les marchés de travaux entre professionnels ..... 487
2.1. Les conditions de paiement à respecter entre professionnels privés ..... 487
2.2. Les sanctions des retards de paiement entre professionnels privés ..... 492

2.3. Déclarer sa créance en cas de procédure collective ..... 496

**3. Le prix et son règlement dans les marchés soumis à la norme Afnor NF P 03-001** ..... 497

3.1. Le prix du marché ..... 497
3.2. Le paiement des acomptes ..... 503
3.3. Le paiement du solde : établissement du mémoire définitif et contestation du décompte définitif ..... 503

**4. Modèle de mémoire de réclamation** ..... 509

**13** Les contrôles et les recours dans les marchés publics ..... 511

**1. Le contrôle *a posteriori* des marchés publics** ..... 511

1.1. Les contrôles visant les actes administratifs ..... 511
1.2. Les contrôles visant les personnes ..... 513

**2. Les recours dans les marchés publics** ..... 520

2.1. Litiges portant sur la passation du marché ..... 520
*2.1.1. Candidats évincés : motifs de l'éviction, recours gracieux, communication de documents* ..... 520
*2.1.2. Le référé précontractuel* ..... 525
*2.1.3. Le référé contractuel* ..... 531
*2.1.4. Contrats privés de la commande publique : tribunaux compétents pour non-respect des obligations de publicité* ..... 537
*2.1.5. Le recours « Tarn-et-Garonne » ou « Tropic II »* ..... 538
*2.1.6. L'indemnisation du candidat évincé* ..... 540
2.2. Litiges portant sur l'exécution du marché ..... 541
*2.2.1. Le recours amiable devant les comités consultatifs de règlement amiable des litiges (CCRA)* ..... 542
*2.2.2. Le référé-provision* ..... 546
*2.2.3. Les procédures de mandatement et d'inscription d'office* ..... 549
*2.2.4. Cas particulier des intérêts moratoires dans les marchés publics* ..... 550
*2.2.5. Annulation du marché* ..... 551
*2.2.6. La transaction* ..... 553

Bibliographie ..... 555

Index ..... 559

PARTIE I

# Les intervenants à l'acte de construire

1

# Le maître d'ouvrage et le maître d'ouvrage délégué

## 1. La maîtrise d'ouvrage

### Introduction

En droit privé et en droit public, le maître d'ouvrage est la personne pour le compte de qui les travaux sont exécutés. Il prend l'initiative de l'acte de construire. C'est le client.

**En droit privé,** l'article 1787 du Code civil indique que le maître d'ouvrage est « *la personne, physique ou morale, généralement, mais pas nécessairement, propriétaire, désignée par ce terme dans le contrat d'entreprise et* ***pour le compte de qui les travaux ou ouvrages sont exécutés*** ».

La norme Afnor NF P 03-001 (décembre 2000), d'usage courant dans les marchés privés, définit le maître d'ouvrage dans son article 3.1.9 comme étant « *la personne physique ou morale, désignée par ce terme dans les documents du marché* ***et pour le compte de qui les travaux ou ouvrages sont exécutés*** ».

**En droit public**, la loi MOP (n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée) définit également le maître d'ouvrage comme « *la personne morale* ***pour laquelle l'ouvrage est construit*** ».

Le CCAG Travaux 2009 (publié par arrêté du 8 septembre 2009 au *JO* du 1er octobre 2009, entré en vigueur le 1er janvier 2010, applicable aux marchés publics de travaux qui s'y réfèrent expressément) définit aussi, dans son article 2, le maître d'ouvrage comme « *le pouvoir adjudicateur* ***pour le compte duquel les travaux sont exécutés*** ».

**Plus précisément** :

- le maître d'ouvrage est une personne titulaire d'un droit de construire sur le terrain ou l'immeuble objet des travaux ; ce n'est pas nécessairement le propriétaire. Le maître d'ouvrage est le plus souvent propriétaire du sol et, par voie de conséquence, propriétaire de la construction. Mais les cocontractants recourent aussi à des montages complexes (souvent issus du droit privé) servant à préfinancer des ouvrages affectés, au moins pour partie, à des activités d'intérêt général ;
- c'est une personne qui conclut un ou plusieurs contrats, en vue de la réalisation de l'ouvrage : marché de maîtrise d'œuvre et/ou marché(s) de travaux (éventuellement par l'intermédiaire d'un mandataire) ;
- le maître d'ouvrage agit pour son compte (contrairement aux mandataires).

Le mode de réalisation de l'ouvrage ou sa destination (pour habiter personnellement, pour vendre ou louer) sont indifférents quant à la détermination du maître d'ouvrage.

Il est indispensable d'identifier le maître d'ouvrage.

**La classification des maîtres d'ouvrage la plus simple et la plus usitée est la suivante** :

- maîtres d'ouvrage soumis au Code des marchés publics ;
- maîtres d'ouvrage soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005 (ils peuvent être publics ou privés et ne sont pas soumis au Code des marchés publics) ;
- maîtres d'ouvrage privés.

Les deux premières catégories sont parfois regroupées sous le vocable « contrat soumis aux règles de la commande publique ». Cela implique que le contrat est soumis soit au Code des marchés publics soit à l'ordonnance du 6 juin 2005, que le maître d'ouvrage utilise de l'argent public et que les marchés sont soumis à des principes de transparence, d'égalité de traitement des candidats et de liberté d'accès à la commande publique.

Les maîtres d'ouvrage privés prennent le risque financier de l'opération, ils n'ont pas recours à de l'argent public et passent leurs contrats sous le régime de la liberté contractuelle.

**De cette classification découlent** :

- des **règles spécifiques de passation et d'exécution des contrats** (respect du Code des marchés publics ou de l'ordonnance du 6 juin 2005 ou liberté contractuelle, respect ou non de la loi MOP du 12 juillet 1985) ;
- des **cahiers des charges spécifiques** (CCAG Travaux 2009, norme Afnor NF P 03-001, CCAG SNCF, CCAG Aéroports de Paris, CCAG EDF…) ;
- des **règles de compétence juridictionnelle propres** (compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire pour les maîtres d'ouvrage privés ou des tribunaux de l'ordre administratif pour les maîtres d'ouvrage publics).

Il est donc toujours de la plus grande importance, pour l'architecte, l'entreprise et l'ensemble des intervenants à l'acte de construire, de déterminer pour quel type de maître d'ouvrage ils interviennent.

## 1.1. Les différents types de maîtres d'ouvrage

### 1.1.1. Les maîtres d'ouvrage soumis au Code des marchés publics

**Les maîtres d'ouvrage soumis au Code des marchés publics** sont l'**État** (et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère économique et commercial) et **les collectivités territoriales** (et l'ensemble de leurs établissements publics).

#### *L'État et la plupart de ses établissements publics*

Sont soumis aux dispositions du Code des marchés publics **les marchés de l'État**, qu'ils soient passés par les services centraux, les services à compétence nationale, les services déconcentrés ou des organismes qui, sans posséder la personnalité juridique, disposent d'une certaine autonomie, comme par exemple les autorités administratives indépendantes.

Sont également concernés les marchés passés par les **établissements publics de l'État autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial**, à savoir :

- les établissements publics administratifs ;
- les établissements publics de santé, qui depuis l'intervention de la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 modifiant l'article L. 6141-1 du Code de la santé publique, sont considérés comme des établissements publics de l'État. Ces établissements restent toutefois soumis aux seuils applicables aux collectivités territoriales et aux établissements publics locaux (cf. article 2 du décret n° 2010-1177 du 5 octobre 2010).
- les établissements assimilés**,** reconnus par la jurisprudence comme une variété d'établissements publics administratifs :
  - *établissements publics à caractère culturel* (EPCC) : les établissements publics de coopération culturelle, qui peuvent aussi être locaux,
  - *établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel* (EPSCP) : Collège de France, Conservatoire national des arts et métiers, École nationale supérieure d'arts et métiers, écoles normales supérieures, École centrale de Lyon, École des hautes études en sciences sociales, Institut national des langues et civilisations orientales, Muséum national d'histoire naturelle, Observatoire de Paris, Palais de la Découverte, centres universitaires, École centrale des arts et manufactures, Institut de physique du globe de Paris, Institut national des sciences appliquées, instituts nationaux polytechniques, etc.,
  - *établissements publics à caractère scientifique et culturel* (EPSC) : universités, instituts d'études politiques, Institut d'études politiques de Paris, École pratique des hautes études,
  - *établissements publics d'enseignement supérieur*,
  - *établissements publics à caractère scientifique et technologique* (EPST) : Centre national de la recherche scientifique, Institut national d'études démographiques, Institut national de la recherche agronomique, Centre national du machinisme agricole, Institut français de recherche scientifique pour le développement en coopération, Institut national de recherche en informatique et automatique, Institut national de recherche sur les transports et leur sécurité, etc.,
  - *établissements consulaires* : chambres de commerce et d'industrie, chambres d'agriculture.

**Toutefois,** depuis la loi de programme pour la recherche n° 2006-450 qui a modifié l'ordonnance n° 2005-649, tous les établissements publics à caractère administratif ayant dans leur statut une **mission de recherche**, parmi lesquels les établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel, les établissements publics de coopération scientifique et les établissements à caractère scientifique et technologique, **appliquent les règles de l'ordonnance et non plus celles du Code des marchés publics** lorsqu'ils achètent des fournitures, des services ou des travaux destinés à la conduite de leurs activités de recherche. Pour les autres achats, ils restent soumis au Code des marchés publics.

#### *Les collectivités territoriales et les établissements publics locaux*

Le Code des marchés publics s'applique aux marchés des **collectivités territoriales métropolitaines**, qu'elles relèvent du droit commun (communes, départements, régions) ou qu'elles soient dotées d'un statut spécifique (communes de Paris, Lyon, Marseille, communes d'Alsace-Moselle).

Il s'applique également aux **régions et départements d'outre-mer**. En revanche, il ne régit pas les marchés des collectivités d'outre-mer qui disposent de leur réglementation propre. Dans ces collectivités, il appartient en effet aux assemblées délibérantes de déterminer les règles applicables en la matière.

Contrairement aux établissements publics de l'État, **tous les établissements publics des collectivités territoriales** sont soumis au Code des marchés publics, qu'ils revêtent un caractère administratif ou industriel et commercial.

Le code s'applique aussi bien à ceux d'entre eux qui ont le statut d'établissement public territorial (structures de coopération intercommunale) qu'à ceux à caractère purement fonctionnel (lycées et collèges, centres communaux d'action sociale).

Il a, en outre, été jugé que les associations syndicales autorisées doivent être considérées comme des établissements publics rattachés aux collectivités territoriales.

**Seule exception** : **les offices publics de l'habitat**, qui, en vertu de l'article L. 421-26 du Code de la construction et de l'habitation, **sont soumis aux règles fixées par l'ordonnance** n° 2005-649 du 6 juin 2005 (cf. *infra*).

Les établissements publics sont soumis aux règles applicables à leur collectivité de rattachement. Dès lors qu'un article du code vise les collectivités locales, il s'applique également à leurs établissements publics.

Enfin, en vertu de la réglementation qui leur est propre, les établissements publics locaux d'enseignement sont soumis aux règles du Code des marchés publics applicables aux collectivités territoriales.

### 1.1.2. Les maîtres d'ouvrage publics ou privés soumis à l'article 3 de l'ordonnance du 6 juin 2005

#### *Les personnes relevant du 1° de l'article 3*

*Il s'agit des organismes de droit privé ou des organismes de droit public autres que ceux soumis au Code des marchés publics dotés de la personnalité juridique et qui ont été créés pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, dont :*

*a)* ***soit l'activité est financée*** *majoritairement par un pouvoir adjudicateur soumis au Code des marchés publics ou à la présente ordonnance ;*

*b)* ***soit la gestion est soumise à un contrôle*** *par un pouvoir adjudicateur soumis au Code des marchés publics ou à la présente ordonnance ;*

*c)* ***soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance*** *est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur soumis au Code des marchés publics ou à la présente ordonnance.*

Parmi les personnes soumises à l'ordonnance, certaines ont **un statut de droit privé,** d'où la nécessité d'une analyse au cas par cas afin de vérifier si ces acheteurs satisfont ou non aux critères posés par la directive.

Ce seront notamment **les organismes privés d'HLM** (SA, ESH…), **les SEM** (sociétés d'économie mixte).

Parmi les personnes soumises à l'ordonnance, d'autres ont **un statut de droit public**.

On trouve ici les groupements d'intérêt public (**GIP**) et les établissements publics industriels et commerciaux nationaux (**EPIC**) satisfaisant spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial. Il s'agit d'EPIC gérant de manière effective des activités de nature administrative et remplissant les critères posés par la définition communautaire d'organisme de droit public. C'est notamment le cas des établissements publics qui gèrent à la fois un service public administratif et un service public à caractère industriel ou commercial, ou le cas des « faux-EPIC » qui ne gèrent pas de service public industriel ou commercial, mais pour lesquels cette qualification d'EPIC a été retenue par le législateur afin qu'ils bénéficient d'un mode de gestion privée.

Seuls les EPIC gérant un service exclusivement industriel ou commercial échapperont à la qualification d'organismes de droit public au sens communautaire et, par-delà, aux règles fixées par l'ordonnance.

#### *Les entités nominativement énumérées aux 2° et 3° de l'article 3*

Des entités sont nominativement mentionnées : Banque de France, Institut de France, Académie française, Académie des inscriptions et belles-lettres, Académie des sciences, Académie des beaux-arts, Académie des sciences morales et politiques et Caisse des dépôts et consignations.

#### *Les pouvoirs adjudicateurs relevant du 4° de l'article 3*

Il s'agit des groupements et associations formés par un ou plusieurs des pouvoirs adjudicateurs ou un ou plusieurs des organismes de droit public énumérés ci-dessus.

#### *Les pouvoirs adjudicateurs relevant du 5° de l'article 3*

La loi de programme pour la recherche n° 2006-450 précitée a introduit une quatrième catégorie de pouvoirs adjudicateurs soumis à l'ordonnance en ajoutant un 5° à l'article 3 pour tous les établissements publics à caractère administratif ayant dans leurs statuts une mission de recherche, parmi lesquels les établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel, les établissements publics de coopération scientifique et les établissements à caractère scientifique et technologique.

Il convient de bien noter que ces établissements de recherche ne relèvent du régime juridique de l'ordonnance que pour les achats de fournitures, de services et de travaux destinés à la conduite de leurs activités de recherche. En dehors de ces activités de recherche, ces établissements sont soumis au Code des marchés publics.

***Les pouvoirs adjudicateurs soumis à l'ordonnance par des dispositions spécifiques***

Sont soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005, en vertu de textes spécifiques :

- les offices publics de l'habitat (**OPH**) (art. L. 421-26 du Code de la construction et de l'habitation) ;
- les organismes privés d'habitation à loyer modéré (art. L. 433-1 du Code de la construction et de l'habitation) ;
- les sociétés d'économie mixte exerçant une activité de construction ou de gestion de logements sociaux (art. L. 481-4 du Code de la construction et de l'habitation) ;
- Pôle emploi (art. L. 5312-8 du Code du travail) ;
- l'Association pour l'accès aux garanties locatives (art. L. 313-33 du Code de la construction et de l'habitation) ;
- l'association Foncière Logement (art. L. 313-34 du Code de la construction et de l'habitation) ;
- certaines autorités administratives indépendantes :
  - le Haut Conseil du commissariat aux comptes (art. R. 821-14-19 du Code du commerce),
  - la Haute Autorité de santé (art. R. 161-101 du Code de la sécurité sociale),
  - l'Agence française de lutte contre le dopage (art. R. 232-41 du Code du sport),
  - l'Autorité des marchés financiers (art. R. 621-26 du Code monétaire et financier),
  - l'Autorité de régulation des activités ferroviaires (art. 31 du décret n° 2010-1023 du 1er septembre 2010).

### 1.1.3. Les maîtres d'ouvrage privés

Contrairement aux maîtres d'ouvrage passant des contrats soumis aux règles de la commande publique (Code des marchés publics ou ordonnance), qui travaillent avec de l'argent public, la caractéristique commune à tous les maîtres d'ouvrage privés non réglementés est **d'assumer le risque financier de l'opération**.

On distingue généralement :

- les maîtres d'ouvrage **privés professionnels** : les promoteurs constructeurs (une société civile immobilière [SCI] ou une société civile de construction vente [SCCV] spécifique à l'opération est généralement créée), etc. ;
- les maîtres d'ouvrage **privés institutionnels** : les banques, les compagnies d'assurances, les mutuelles, etc. ;
- les maîtres d'ouvrage **privés occasionnels** : industriels, commerçants, associations, particuliers, construisant ou rénovant pour les besoins de leur activité ou pour des besoins personnels et familiaux, etc.

Assumant le risque financier de l'opération, qu'ils soient professionnels, institutionnels ou occasionnels, ces maîtres d'ouvrage privés ne sont assujettis à aucune règle particulière pour la passation de leurs marchés**,** pas plus au Code des marchés publics qu'à l'ordonnance du

6 juin 2005. Ils ne sont pas non plus obligés de respecter les règles fixées par la loi MOP et ses décrets d'application.

Le régime de leurs marchés est celui de la **liberté contractuelle**, bien qu'ils soient cependant obligés de **respecter les lois d'ordre public**, au titre desquelles, en matière de marchés notamment, la loi du 16 juillet 1971 sur la retenue de garantie, la loi du 31 décembre 1975 sur la sous-traitance, la loi du 4 janvier 1978 sur les garanties légales, la garantie de paiement de l'entrepreneur (C. civ., art. 1799-1).

## 1.2. Les fonctions des maîtres d'ouvrage

### 1.2.1. Les fonctions des maîtres d'ouvrage soumis aux règles de la commande publique

L'article 2 de la loi du 12 juillet 1985, dite loi MOP, qui régit les rapports entre la maîtrise d'ouvrage publique et la maîtrise d'œuvre privée, énonce que le maître d'ouvrage public (au sens large de maître d'ouvrage soumis aux règles de la commande publique, c'est-à-dire soit au Code des marchés publics soit à l'ordonnance du 5 juin 2005) est le « ***responsable principal de l'ouvrage****, il remplit dans ce rôle* ***une fonction d'intérêt général dont il ne peut se démettre ».***

**Un avis du Conseil** d'**État du 31 janvier 1995** (n° 356 960, section de l'intérieur et section des travaux publics réunies) précise qu'une personne publique a l'obligation d'être maître d'ouvrage des travaux de réalisation d'ouvrage de bâtiment ou d'infrastructure lorsque quatre conditions cumulatives sont remplies :

- l'objet de l'opération doit être la construction même (ou la réhabilitation) d'un ouvrage pour le compte de la personne publique en cause ;
- l'ouvrage doit être destiné à devenir la propriété de cette personne dès son achèvement ;
- l'ouvrage doit être destiné à devenir entièrement sa propriété ;
- enfin, l'ouvrage doit avoir été conçu en fonction de ses besoins propres.

**L'article 2 et l'article 3 de la loi MOP** indiquent qu'avant d'entreprendre la réalisation d'une opération, **le maître d'ouvrage doit répondre à plusieurs obligations** :

- il s'assure de la faisabilité et de l'opportunité de l'opération (faut-il le faire ? est-ce réalisable ?) ;
- il détermine sa localisation (où ?) ;
- il définit le programme (quoi ?) ;
- il arrête l'enveloppe financière prévisionnelle (combien ?) ;
- il s'assure du financement (avec quel budget ? comment ?) ;
- il choisit les procédures de consultation des maîtres d'œuvre et des entreprises (avec qui ?).

Le maître d'ouvrage public **peut toutefois décider de confier à un maître d'ouvrage délégué une partie de ses attributions**.

**Mais il doit conserver obligatoirement** :

- la décision de réaliser l'ouvrage et sa localisation ;
- la définition du programme ;
- le montage financier de l'opération ;
- l'approbation du choix du maître d'œuvre et des entrepreneurs.

### 1.2.2. Les fonctions des maîtres d'ouvrage privés

Ces maîtres d'ouvrage ne sont soumis ni au Code des marchés publics ni à l'ordonnance du 6 juin 2005. Aucun texte législatif ou réglementaire ne fixe les fonctions du maître d'ouvrage privé.

Ce sont les contrats qui déterminent, sous le contrôle du juge, les droits et obligations des parties.

Les fonctions traditionnelles du maître d'ouvrage privé se rapprochent nécessairement de celles du maître d'ouvrage public.

Comme un maître d'ouvrage public, il va :

- décider de l'opportunité et de la faisabilité de l'opération ;
- déterminer la localisation de l'ouvrage ;
- en définir le programme ;
- en assurer le financement ;
- décider des modalités selon lesquelles l'ouvrage sera réalisé ;
- passer les marchés d'études et de travaux nécessaires ;
- souscrire une assurance de dommages dite « dommage ouvrage » ;
- prendre livraison de l'ouvrage achevé ;
- en assurer la maintenance.

Néanmoins, une différence de taille existe, puisque le maître d'ouvrage privé **assume le risque financier de l'opération**.

La prise en charge d'un risque financier, administratif et juridique constitue la spécificité de la fonction de maître d'ouvrage privé.

**Le maître d'ouvrage privé prend le risque de l'opération, mais ne doit jamais s'immiscer dans l'opération.**

La Cour de cassation contrôle très précisément les caractéristiques de cette immixtion dont elle exige, avant de lui reconnaître un effet exonératoire au bénéfice du locateur d'ouvrage :

- d'une part, qu'elle émane du maître d'ouvrage « *notoirement compétent en matière de construction* » (Cass. 3e civ., 30 juin 2009, n° 08-14.438) et disposant même d'une « *compétence technique* […] *dans chacun des domaines concernés par les désordres* » (Cass. 3e civ., 11 décembre 1991, n° 87-14.020) ;
- d'autre part, qu'elle résulte d'un acte positif dont la réalité doit être prouvée (Cass., Ass. plén., 2 novembre 1999, n° 97-17.107), comme son lien causal avec le désordre (par exemple, lorsque le maître d'ouvrage impose le plan à l'origine d'une erreur de conception (Cass. 3e civ., 17 octobre 1972, n° 71-11.847).

La cour d'appel de Paris a retenu l'immixtion fautive du maître d'ouvrage notoirement compétent du fait d'actes ayant interféré dans le déroulement du chantier, par le biais de son gérant architecte et associé majoritaire, même sans s'être réservé de manière claire et non équivoque un domaine d'intervention lors de la phase d'exécution (CA Paris, 7 mai 2014, RG n° 13/03053).

## 1.3. Le vocabulaire européen : pouvoir adjudicateur (PA) et entité adjudicatrice (EA)

### 1.3.1. Les directives 2004/17 et 2004/18

**La directive 2004/17/CE** du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'**eau**, de l'**énergie**, des **transports** et des **services postaux**, désigne le maître d'ouvrage comme une « **entité adjudicatrice** ».

**La directive 2004/18/CE** du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics **de travaux**, de **fournitures** et de **services** désigne le maître d'ouvrage comme un « **pouvoir adjudicateur** ».

Elles ont été transposées en droit français dans :

- **l'ordonnance** n° 2005-649 du **6 juin 2005** modifiée, entrée en vigueur le 1er septembre 2005, relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics, et **deux décrets d'application** : n° 2005-1308 du 20 octobre 2005 modifié relatif aux **entités adjudicatrices** et n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 modifié relatif aux **pouvoirs adjudicateurs** ;
- **et dans le Code des marchés publics du 1er août 2006** modifié, entré en vigueur le 1er septembre 2006, comprenant une première partie concernant les **pouvoirs adjudicateurs** et une deuxième partie concernant les **entités adjudicatrices**.

Dans ces documents (directive, ordonnance ou code), le maître d'ouvrage est :

- **une « entité adjudicatrice »** lorsque son activité concerne les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports ou les services postaux ;
- **un « pouvoir adjudicateur »** lorsque son activité ne concerne pas ces secteurs et traite de travaux, fournitures ou services.

### 1.3.2. Les directives 2014/24/CE et 2014/25/CE du 26 février 2014

La directive 2014/24 abroge la directive 2004/18. La directive 2014/25 abroge la directive 2004/17.

Elles doivent être transposées en droit français avant avril 2016 et octobre 2018 sur la dématérialisation. Les termes de « pouvoir adjudicateur » et d'« entité adjudicatrice » subsistent.

# 2. Le maître d'ouvrage délégué (MOD)

En général, le maître d'ouvrage exerce personnellement ses fonctions. Mais il peut avoir besoin d'un représentant appelé maître d'ouvrage délégué (un mandataire avec qui il passe un mandat) ou d'un « assistant » (un AMO ou un conducteur d'opération avec qui il passe un contrat de louage d'ouvrage).

## 2.1. Le maître d'ouvrage délégué quand le maître d'ouvrage est soumis à la loi MOP

La loi MOP est la loi qui régit la maîtrise d'ouvrage publique (entendue au sens de la commande publique, c'est-à-dire soumise soit au Code des marchés publics soit à l'ordonnance du 6 juin 2005) et la maîtrise d'œuvre privée. Elle est du 12 juillet 1985.

Le maître d'ouvrage délégué est titulaire d'un mandat : il agit au nom et pour le compte du maître d'ouvrage.

Aux termes de la loi MOP, la responsabilité du maître d'ouvrage devant rester pleine et entière pendant la phase de définition de l'ouvrage à réaliser, aucun mandat ne peut intervenir à ce stade. Ce n'est qu'une fois le programme et l'enveloppe financière arrêtés par le maître d'ouvrage que ce dernier pourra déléguer une partie de ses attributions sous la forme d'un mandat.

**Le maître d'ouvrage délégué** (le mandataire) a un pouvoir de représentation qui lui permet d'accomplir des actes juridiques au nom et pour le compte du maître d'ouvrage, son mandant, comme par exemple la signature des marchés, des avenants, l'acceptation d'un sous-traitant… Ce pouvoir de représentation est un élément substantiel du contrat.

### 2.1.1. La mission du maître d'ouvrage délégué (mandataire loi MOP)

La mission du mandataire (loi MOP), appelé également maître d'ouvrage délégué, peut porter sur les éléments suivants :

- **définition** des conditions administratives et techniques selon lesquelles l'ouvrage sera étudié et réalisé ;
- **préparation du choix** des maîtres d'œuvre, du contrôleur technique, d'autres prestataires et des entrepreneurs ;
- signature et gestion des marchés de maîtrise d'œuvre, de contrôle technique, de prestations diverses et des marchés de travaux ;
- **versement de la rémunération** des maîtres d'œuvre, du contrôleur technique, d'autres prestataires et des entrepreneurs ;
- **réception** des travaux ;
- gestion financière et comptable et ad**ministrati**ve de l'opération ;
- actions en justice.

Il doit s'engager à réaliser l'opération dans le strict respect du programme et de l'enveloppe financière.

En cas de dépassement, des pénalités sont prévues.

**Le maître d'ouvrage délégué est responsable contractuellement des missions qui lui ont été confiées jusqu'à la réception des travaux et jusqu'au décompte général et définitif**. Le Conseil d'État précise que « *si la réception de l'ouvrage vaut quitus pour le maître d'ouvrage délégué en ce qui concerne ses attributions se rattachant à la réalisation de l'ouvrage, elle demeure en revanche sans effet en ce qui concerne ses attributions relatives aux droits et obligations financiers nés de l'exécution du marché* ». Le Conseil d'État en déduit que la cour administrative d'appel avait commis une erreur de droit en jugeant que la réception de l'ouvrage faisait, par principe, « *obstacle à ce que la responsabilité du département de Paris envers la région Île-de-France puisse être recherchée* » (CE, 8 février 2010).

Mais, en tout état de cause, le maître d'ouvrage soumis à la loi MOP ne pourra déléguer :
- ni la décision de réaliser l'ouvrage et sa localisation ;
- ni la définition du programme ;
- ni le montage financier de l'opération ;
- ni l'approbation du choix du maître d'œuvre et des entrepreneurs.

### 2.1.2. Les personnes pouvant être maîtres d'ouvrage délégués (mandataires MOP)

L'article 4 de la loi MOP modifié par l'ordonnance n° 2004-566 du 17 juin 2004 précise que le mandat donné par un maître d'ouvrage public peut être exercé **par une personne publique ou privée**.

Peut donc être maître d'ouvrage délégué et avoir un mandat de maîtrise d'ouvrage publique toute personne publique ou privée, **à condition toutefois que celle-ci, ou toute entreprise qui lui serait liée, n'exerce aucune mission de maîtrise d'œuvre, de réalisation de travaux ou de contrôle technique portant sur l'ouvrage considéré**.

**Par « entreprise liée »**, au sens de ces dispositions, on entend toute entreprise sur laquelle le mandataire peut exercer, directement ou indirectement, une influence dominante, ou toute entreprise qui peut exercer une influence dominante sur le mandataire, ou toute entreprise qui, comme le mandataire, est soumise à l'influence dominante d'une autre entreprise du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent. L'influence dominante est présumée lorsqu'une entreprise, directement ou indirectement, à l'égard d'une autre entreprise détient la majorité du capital souscrit de l'entreprise ou dispose de la majorité des voix attachées aux parts émises par l'entreprise ou peut désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de l'entreprise.

Ces dispositions ne sont toutefois pas applicables lorsque le maître d'ouvrage ne peut confier le mandat qu'à une personne désignée par la loi.

### 2.1.3. Les conditions d'exercice du mandat

Les conditions d'exercice du mandat sont fixées aux articles 3 et 5 de la loi MOP.

Le mandataire est soumis à l'obligation d'exécution personnelle du contrat de mandat.

Le mandataire est soumis aux dispositions de la loi MOP dans l'exercice des attributions qui lui sont confiées par le maître d'ouvrage.

Le maître d'ouvrage passe avec le mandataire de son choix une convention de mandat qui indique obligatoirement :
- les attributions confiées au mandataire ;
- les modalités de sa rémunération ;
- les pénalités encourues ;
- les conditions de résiliation ;
- et les modalités d'achèvement de la mission du mandataire.

Le maître d'ouvrage peut engager la responsabilité contractuelle du maître d'ouvrage délégué, encore faut-il qu'il apporte la preuve que celui-ci a commis une faute dans l'exécution de son contrat de mandat (CE, 23 mars 2015, Syndicat mixte pour le traitement des résidus urbains)

### 2.1.4. Les conséquences juridiques du mandat MOP

Un mandat implique les conséquences suivantes :

- **les actes accomplis par le mandataire (maître d'ouvrage délégué)**, en vertu du mandat, **engagent le mandant (maître d'ouvrage)** comme s'il les avait accomplis lui-même ;
- **le mandataire applique les obligations qui s'imposeraient au maître d'ouvrage,** son mandant**,** comme si ce dernier agissait lui-même (par exemple, le mandataire applique les règles du Code des marchés publics si le maître d'ouvrage y est assujetti) ;
- **le mandataire rend compte au maître d'ouvrage** de ce qu'il a fait en son nom ;
- **les tiers** (par exemple, les entreprises) avec lesquels le mandataire contracte, au nom du maître d'ouvrage, **sont responsables contractuellement envers le maître d'ouvrage** et non envers le mandataire ;
- **le mandataire n'est pas responsable envers le maître d'ouvrage des obligations des tiers**, mais seulement des attributions qui lui ont été confiées personnellement ;
- toutefois, le mandat n'opère pas un transfert de maîtrise d'ouvrage. Le mandataire ne se substitue pas au maître d'ouvrage à qui il rendra compte de l'exécution de son mandat, tout au long de l'élaboration du projet et de sa réalisation, dans les conditions fixées par le contrat.

**Il est à noter que le mandat de maîtrise d'ouvrage prévu par la loi MOP laisse place à l'exercice des prérogatives du maître d'ouvrage aux moments clés de l'opération**, dès lors qu'est requis un accord préalable ou une approbation de la proposition faite par le mandataire dans l'exercice de son mandat. Il en est ainsi, par exemple, de l'approbation des avant-projets et de la réception des travaux, qui peuvent être déléguées au mandataire mais qui font l'objet d'un accord préalable du maître d'ouvrage dont les modalités sont définies dans le contrat.

**Le mandataire d'un acheteur public ne peut pas agir au-delà des missions qui lui ont été expressément confiées dans la convention** (CAA Nancy, 18 juin 2009, Commune de Montbéliard).

### 2.1.5. Les conventions de mandat peuvent être passées en procédure adaptée (quel que soit leur montant)

La passation des conventions de mandat intervient très en amont du démarrage d'une opération, à un stade où il est délicat de figer un cahier des charges sans pouvoir discuter avec les mandataires. Aussi la possibilité de passer un marché en procédure adaptée (MAPA) est-elle très appréciable pour les maîtres d'ouvrage publics.

Concrètement, le maître d'ouvrage définira librement, au cas par cas, dans le respect des principes de la commande publique, les mesures de publicité et les modalités de mise en concurrence qu'il entend mettre en œuvre pour déléguer sa maîtrise d'ouvrage.

La règle est la même pour les maîtres d'ouvrage soumis au Code des marchés publics et pour ceux assujettis à l'ordonnance 2005-649 du 6 juin 2005 et à son décret d'application du 30 décembre 2005 (CJUE, 20 octobre 2005, Commission c/ France).

*Attention*

L'irrégularité d'une convention de mandat rend irrégulière la passation de tous les marchés passés par le mandataire au nom et pour le compte du maître d'ouvrage en application de cette convention.

> En effet, les contrats ou autres actes passés en application d'une convention nulle sont considérés comme ayant été pris par une personne incompétente, et sont donc également nuls. Juridiquement, cela s'analyse comme si aucun lien contractuel n'avait jamais existé entre le maître d'ouvrage et le titulaire des marchés de maîtrise d'œuvre ou de travaux passés par le « mandataire » (CAA Nantes, 29 juin 2001 ; CAA Nancy, 4 mai 2000).

Le Conseil d'État, dans un arrêt du 24 novembre 2008, admet la nullité en cascade de contrats qui permet à l'entrepreneur, lésé par l'annulation de la convention initiale, de demander à être indemnisé (CE, 24 novembre 2008, Sogea Sud). Rien n'empêche alors l'entrepreneur, dont le contrat est entaché de nullité de prétendre, sur le terrain quasi contractuel, au remboursement de celles de ses dépenses qui ont été utiles à la collectivité envers laquelle il s'était engagé (CE, 20 octobre 2000, Société Citécâble Est).

### 2.1.6. Les marchés passés par les mandataires sont soumis aux règles applicables à leurs mandants

Les marchés passés en exécution d'un mandat par le mandataire d'une collectivité soumise au Code sont assujettis aux dispositions du Code des marchés publics.

Si le maître d'ouvrage est soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005, le marché sera soumis à cette ordonnance.

Cela est rappelé à l'article 4 de la loi MOP : « ***Les règles de passation et d'exécution des contrats signés par le mandataire sont celles applicables au maître d'ouvrage****, sous réserve d'adaptations éventuelles prévues par décret pour tenir compte de l'intervention du mandataire.* »
Un office public d'aménagement et de construction (OPAC), soumis au Code des marchés publics, a lancé une procédure d'appel d'offres concernant un marché de fournitures de matériels pour le compte d'une SA d'HLM, personne morale de droit privé soumise pour la passation de ses contrats à l'ordonnance du 6 juin 2005. Le Conseil d'État rappelle « *qu'un contrat de fournitures conclu par une personne publique agissant sur mandat pour le compte d'une personne privée au titre des besoins propres de cette dernière est un contrat de droit privé* ». En conséquence, le marché conclu par l'OPAC, mandataire de la SA d'HLM, est un contrat de droit privé. Les litiges relatifs à sa passation relèvent de la seule compétence du juge judiciaire (CE, 3 juin 2009, OPAC du Rhône).

Ce principe reprend la jurisprudence résultant de plusieurs décisions (CE, 28 juillet 1995, préfet de la région Île-de-France, six arrêts), relevant que les dispositions du Code des marchés publics *« sont applicables aux marchés passés au nom des collectivités locales »*.

## 2.2. Le maître d'ouvrage délégué quand le maître d'ouvrage n'est pas soumis à la loi MOP (marché privé)

### 2.2.1. Généralités

La maîtrise d'ouvrage déléguée ne connaît pas de réglementation particulière en droit privé. Ce contrat demeure soumis au droit commun et, plus particulièrement, aux articles 1984 et suivants du Code civil relatifs au mandat (Cass. 3e civ., 15 septembre 2010, n° 09-13.442 ; *Bull. civ.*, III, 2010, n° 161).

C'est donc la liberté contractuelle qui prime dans les relations entre le maître d'ouvrage déléguant (mandant) et le maître d'ouvrage délégataire (mandataire).

La maîtrise d'ouvrage déléguée est donc un contrat conclu ente le maître d'ouvrage et une personne à laquelle va être confié tout ou partie de ce qui relève normalement de la maîtrise d'ouvrage, la conduisant à agir au nom et pour le compte du maître d'ouvrage dans les strictes limites de la convention de mandat.

Le mandat, selon l'article 1984 du Code civil, « *est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire* ».

Le caractère essentiel de ce contrat consiste dans le pouvoir donné au mandataire de représenter le mandant.

La limite à ce pouvoir de représentation est clairement énoncée à l'article 1989 du Code civil : « *Le mandataire ne peut rien faire au-delà de ce qui est porté dans son mandat*. »

Le danger pour le mandant est de se trouver engagé à l'égard des tiers au terme d'engagements qu'il n'a jamais voulu consentir. C'est pourquoi l'article 1998 du Code civil dispose que : « *Le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui est donné. Il n'est tenu de ce qui a pu être fait au-delà, qu'autant qu'il a ratifié expressément ou tacitement*. »

Le mandat en marché privé ne tombe pas sous le coup d'une réglementation juridique. Il conserve **un caractère essentiellement conventionnel**. En marché privé, le contrat de maîtrise d'ouvrage déléguée est une convention unissant un mandataire et un maître d'ouvrage.

Par ce mandat, le mandataire (le maître d'ouvrage délégué) reçoit mission de réaliser pour le compte d'une personne privée, le plus généralement propriétaire d'un terrain, une construction non destinée à l'habitation.

**Maître d'ouvrage délégué et responsabilité décennale : du cas par cas.** L'article 1792-1 3° du Code civil énonce que la « *personne qui, bien qu'agissant en qualité de mandataire du propriétaire de l'ouvrage, accomplit une mission assimilable à celle d'un locateur d'ouvrage* » est réputée constructeur. Sont visés par cette disposition les maîtres d'ouvrage délégués qui accomplissent des missions équivalentes ou proches de celles d'un promoteur. Ainsi, le maître d'ouvrage délégué peut être soumis à responsabilité décennale si sa mission revêt un caractère technique (Cass. 3e civ., 24 avril 2003, et BCT n° 35/2006 du 10 mars 2006). *A contrario*, le maître d'ouvrage délégué qui n'effectue pas de mission comportant un aspect technique ne peut être considéré comme soumis à l'obligation d'assurance de responsabilité décennale (Cass. 3e civ., 5 déc. 2007 ; et CE, 30 juin 1999 et 27 sept. 2006).

Mais le maître d'ouvrage délégué peut également, en plus de sa mission de représentation du maître d'ouvrage, se voir confier des missions portant non pas sur la passation d'actes juridiques au nom et pour le compte du maître d'ouvrage, mais sur des prestations intellectuelles relevant du contrat d'entreprise, notamment lorsqu'il lui est confié une mission d'assistance ou d'étude sur tel ou tel point (comme pour un AMO). Dans cette hypothèse, les dommages nés de l'activité de prestataire de services du maître d'ouvrage délégué relèveront des garanties spéciales des constructeurs.

**Le maître d'ouvrage a un droit de regard permanent** s'il souhaite être informé en sa qualité de mandant.

La maîtrise d'ouvrage déléguée peut s'appliquer pour une opération de construction neuve ou pour une opération de réhabilitation lourde.

**La maîtrise d'ouvrage déléguée est classiquement utilisée par :**

- les sociétés de **crédit-bail** pour des locaux à usage professionnel, industriel ou commercial. (Un organisme de crédit-bail, le crédit bailleur, établissement financier, est maître d'ouvrage, et le crédit preneur est maître d'ouvrage délégué) ;
- les **organismes associatifs** ;
- les **banques** ;
- les **compagnies d'assurances** ;
- les investisseurs institutionnels ;
- ou, plus généralement, **un maître d'ouvrage non spécialisé** dans le domaine de la construction qui veut avoir recours à un professionnel, tout en conservant un contrôle sur les missions confiées au mandataire.

### 2.2.2. Étendue de la mission de maîtrise d'ouvrage déléguée

**L'étendue des missions confiées au maître d'ouvrage délégué est très variable**. Le pouvoir de représentation conféré au mandataire peut ne porter que sur des prérogatives très ciblées du maître d'ouvrage ou bien revêtir un caractère beaucoup plus vaste.

Les attributions du maître d'ouvrage délégué seront fonction de l'opération dans laquelle s'insère la maîtrise d'ouvrage déléguée. À titre d'exemple, sa mission sera très étendue dans l'hypothèse où un crédit bailleur (maître d'ouvrage) confie la maîtrise d'ouvrage déléguée à un crédit preneur. Ce dernier ayant vocation à être le destinataire final de l'immeuble, il est naturel que lui soient confiés de larges pouvoirs dans la conduite des opérations de construction.

**Les missions du maître d'ouvrage délégué pourront porter sur la représentation du maître d'ouvrage** dans :

- l'instruction et la demande des autorisations administratives ;
- la signature des marchés ou documents contractuels, avenants et modifications ;
- les actes relatifs au contrôle du chantier ;
- la réception des travaux et la levée des réserves ;
- le règlement des comptes ;
- la recherche et la conclusion des assurances obligatoires.

Par ailleurs, **le contrat pourra prévoir de confier au maître d'ouvrage délégué la réalisation de certains actes matériels** qui devront impérativement rester accessoires à la mission de représentation afin que le contrat ne risque pas d'être requalifié en contrat d'entreprise. Il pourra notamment s'agir de certaines prestations intellectuelles, comme par exemple :

- une mission d'assistance relative à la gestion de l'opération ;
- le choix des entrepreneurs ;
- la rédaction des marchés ;
- le contrôle financier du chantier.

### 2.2.3. Les conséquences juridiques du mandat

Ce sont les mêmes qu'en marché public. Le mandat implique les conséquences suivantes :

- **les actes accomplis par le mandataire**, en vertu du mandat, **engagent le mandant** (le maître d'ouvrage) comme s'il les avait accomplis lui-même ;

- **le mandataire applique les obligations qui s'imposeraient au maître d'ouvrage** (son mandant) comme si ce dernier agissait lui-même ;
- **le mandataire rend compte au maître d'ouvrage** de ce qu'il a fait en son nom ;
- le mandataire doit apporter ses meilleurs soins pour la réalisation de l'ouvrage ;
- **les tiers** (par exemple, les entreprises) avec lesquels le mandataire contracte, au nom du maître d'ouvrage, **sont responsables contractuellement envers le maître d'ouvrage** et non envers le mandataire ;
- **le mandataire n'est pas responsable envers le mandant** (maître d'ouvrage) **des obligations des tiers**, mais seulement des attributions qui lui ont été confiées personnellement ;
- le mandat n'opère pas un transfert de maîtrise d'ouvrage. Le mandataire ne se substitue pas au maître d'ouvrage à qui il rendra compte de l'exécution de son mandat, tout au long de l'élaboration du projet et de sa réalisation, dans les conditions fixées par le contrat.

*Attention*

**Le maître d'ouvrage délégué doit disposer d'un mandat spécial pour commander des travaux supplémentaires.**

Non seulement le maître d'œuvre, mais également le maître d'ouvrage délégué ne sont pas présumés mandatés par le maître d'ouvrage pour passer commande de travaux supplémentaires. Ils doivent avoir un mandat spécial. Cette jurisprudence est sévère, car si un entrepreneur peut se douter qu'un architecte n'est pas de plein droit habilité à commander des travaux supplémentaires, il pourrait plus facilement croire qu'un maître d'ouvrage délégué est habilité à le faire.

Le contrat de maîtrise d'ouvrage déléguée ne confère pas au maître d'ouvrage délégué mandat de représenter le maître d'ouvrage pour passer commande de travaux supplémentaires. Il doit disposer d'un mandat spécial à ce titre. Ainsi, les travaux commandés à l'entreprise par le crédit preneur d'une opération (titulaire d'une mission de maîtrise d'ouvrage déléguée) ont été déclarés inopposables au crédit bailleur (Cass. 3e civ., 19 juillet 2000).

Seul le maître d'ouvrage a qualité pour commander les travaux supplémentaires. Le maître d'ouvrage délégué n'est pas mandataire de droit du maître d'ouvrage. L'intervention d'un maître d'ouvrage délégué ne fait pas présumer l'existence d'un mandat apparent. « *Viole les dispositions des articles 1793 et 1989 du Code civil la cour d'appel qui a accueilli la demande de travaux supplémentaires présentée par l'entrepreneur en retenant que ceux-ci ont été acceptés par le maître d'ouvrage délégué, sans constater que ce dernier avait reçu un mandat spécial du maître d'ouvrage pour accepter des travaux supplémentaires et que ces modifications étaient voulues par ce dernier* » (Cass. 3e civ., 21 septembre 2010).

L'entreprise devait s'assurer des limites exactes des pouvoirs du maître d'ouvrage délégué sans croire que celui-ci était mandataire apparent du maître d'ouvrage, et ce même en cas de paiement de certains travaux supplémentaires par le maître d'ouvrage délégué (CA Aix-en-Provence, 3e ch. B, 19 mai 2011, SAS Campenon Bernard).

**Le maître d'ouvrage délégué a une obligation de moyens**. En effet (Cass. 3e civ., 29 mars 2000, n° 98-19.804 ; CA Saint-Denis-de-la-Réunion, 20 février 2009, n° 07/01418) :

- le maître d'ouvrage délégué a l'obligation d'apporter tous ses soins à sa mission (ceux d'un bon père de famille – article 1137 du Code civil) ;
- il doit rendre compte ;

- il n'a pas une responsabilité automatique qui peut être engagée du seul fait qu'il n'a pas atteint le résultat (comme l'entrepreneur qui ne pourra échapper à sa responsabilité qu'en prouvant la survenance d'un cas de force majeure) ;
- il a la responsabilité de sa seule faute personnelle, dans le cadre limité des attributions qui lui ont été conférées…

C'est donc au maître d'ouvrage de démontrer que le maître d'ouvrage délégué n'a pas été diligent dans sa tentative d'exécution de l'obligation.

**Mais les maîtres d'ouvrage recherchent de plus en plus souvent la responsabilité des maîtres d'ouvrage délégués**. À titre d'exemple, un maître d'ouvrage délégué a été condamné pour défaillance d'une entreprise sur l'insuffisance de laquelle l'attention du maître d'ouvrage n'avait pas été appelée lors de l'attribution du marché de travaux (CAA Bordeaux, 19 février 2008) ou pour ne pas avoir déclaré de manière régulière les créances du maître d'ouvrage à la procédure collective ouverte à l'encontre d'une entreprise (CE, 7 juin 2010, Commune de Mantes-la-Jolie).

### 2.2.4. Distinction entre maître d'ouvrage délégué et contrat de promotion immobilière

**Apparente similarité**. La distinction entre le contrat de promotion immobilière (CPI) et la maîtrise d'ouvrage déléguée (MOD) est fondamentale dans la mesure où ces deux contrats peuvent paraître relativement similaires, mais sont pourtant soumis à des régimes juridiques radicalement différents.

En effet, le CPI est soumis à un régime d'ordre public en secteur protégé, alors que la maîtrise d'ouvrage déléguée relève largement de la liberté contractuelle des parties.

La confusion naît de ce que **ces contrats s'analysent tous les deux comme des mandats** en vertu desquels le maître d'ouvrage va transférer ses pouvoirs à un tiers.

**1re distinction : Le type de mandat**. Le CPI et la MOD sont tous les deux des contrats de mandat. Mais alors que la MOD demeure un **mandat simple**, le CPI est qualifié de **mandat d'intérêt commun** par l'article 1831-1 du Code civil, ce qui implique l'impossibilité pour le mandant de révoquer unilatéralement son mandataire, contrairement à ce que prescrit l'article 2004 du Code civil pour le mandat de droit commun.

Malgré la sécurité que cela peut procurer au mandataire, à défaut d'avoir prévu une clause limitant sa révocabilité, le maître d'ouvrage délégué n'aura pas intérêt à se prévaloir d'un éventuel caractère d'intérêt commun de son mandat dans la mesure où cela le rapprocherait nettement du statut du promoteur, emportant ainsi un risque de requalification et donc de soumission au régime d'ordre public du CPI.

**2e distinction : Le type de mission**. Il existe une différence fondamentale entre le CPI et la MOD dans la mesure où, alors que le promoteur exerce la totale maîtrise de l'opération, le maître d'ouvrage délégué ne reçoit que des missions qui ne dépouillent pas le maître d'ouvrage de cette maîtrise. La mission du promoteur, considéré par la jurisprudence comme la personne prenant l'initiative et le soin principal de l'opération, est bien plus étendue que celle du maître d'ouvrage délégué. L'objet même du CPI est la réalisation d'un programme de construction, il s'agit d'une **mission globale**, tandis que celui de la MOD se limite pour le

maître d'ouvrage délégué à une **mission restreinte** : prendre en charge seulement certaines attributions du maître d'ouvrage.

**3e distinction : Le type d'obligation**. Parce qu'il a pour obligation principale de réaliser un programme de construction dans des délais et à des conditions financières convenues, le promoteur est tenu à une véritable **obligation de résultat** quant à la bonne fin du programme. En raison de cette obligation de résultat, le promoteur est tenu de garantir les vices cachés de la construction.

À l'inverse, le maître d'ouvrage délégué qui n'est tenu que d'une simple **obligation de moyens** n'est responsable que de sa faute.

### 2.2.5. Distinction entre maître d'ouvrage délégué et vente en état futur d'achèvement (VEFA)

**La vente en état futur d'achèvement est une vente**. Elle implique nécessairement le transfert de propriété du terrain dès la signature du contrat, ainsi que celle des constructions au fur et à mesure de leur édification. Cet élément fondamental distingue la VEFA de la maîtrise d'ouvrage déléguée (MOD) et du contrat de promotion immobilière (CPI).

**Obligation de conclure une VEFA en secteur protégé**. L'article L. 261-10 du Code de la construction et de l'habitation indique que « *celui qui s'oblige à édifier ou à faire édifier un immeuble ou une partie d'immeuble à usage d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation, lorsqu'il procure directement ou indirectement le terrain ou le droit de construire sur le terrain à celui qui contracte l'obligation d'effectuer les versements ou les dépôts définis, doit conclure un contrat conforme aux dispositions » d'ordre public réglementant la VEFA*. Dans le secteur protégé, la conclusion d'une VEFA est donc obligatoire dès lors que celui qui s'engage à édifier une construction en cède également le terrain d'assiette. En revanche, dans le secteur libre, la conclusion d'une VEFA est parfaitement libre. Les opérateurs ont le choix d'avoir recours à ce type de contrat ou à un autre. On pourra dès lors imaginer un montage couplant une vente du terrain avec un CPI ou une MOD sans encourir la requalification du contrat.

**Responsabilité pénale**. Le Code du travail fait peser sur le maître d'ouvrage un certain nombre d'obligations en matière de santé et de sécurité sur le chantier. En cas d'accident, s'il s'avère que ces obligations n'ont pas été respectées, la responsabilité du maître d'ouvrage sera recherchée en priorité.

Dans le contrat de VEFA, la qualité de maître d'ouvrage est attribuée jusqu'à la réception des travaux au seul vendeur par l'article 1601-3 du Code civil. L'acquéreur est donc irresponsable sur le plan pénal.

À l'inverse, dans le cadre du CPI ou de la MOD, ni le promoteur ni le maître d'ouvrage délégué n'obtiennent la qualité de maître d'ouvrage. Cette dernière est conservée par le mandant, destinataire de l'ouvrage, souvent étranger à la réalisation des opérations de construction, mais dont la responsabilité pénale pourra tout de même être engagée ès qualités. Il pourra, certes, s'exonérer par la suite en démontrant qu'aucune faute ne lui est imputable dans la mesure où il a délégué ses obligations, mais c'est bien lui qui sera mis en cause en premier lieu, sauf délégation de responsabilité.

# 3. Conducteur d'opération et assistant à maître d'ouvrage (AMO)

## 3.1. Le conducteur d'opération

### 3.1.1. Une mission d'assistance générale

La mission du conducteur d'opération se caractérise (art. 6 de la loi MOP) par une ***assistance générale à caractère administratif, financier et technique*** apportée au maître d'ouvrage dans toutes les phases de l'opération sous forme de propositions, de conseil, d'organisation, d'élaboration d'outils, de suivi… Juridiquement, ce contrat s'analyse non **pas** comme **un mandat** mais comme **un louage d'ouvrage**.

**Une mission d'assistance administrative**. Spécialiste de maîtrise d'ouvrage publique, le conducteur d'opération doit mettre au service de l'acheteur public son expertise en matière de marchés publics de travaux. Il l'assiste dans la rédaction, la passation et le suivi des contrats de travaux, même si, en l'absence de convention de mandat, **il ne se substitue pas à lui pour la passation desdits contrats**. Plus généralement, il a pour mission de coordonner les études de conception et de porter une appréciation qualitative sur les études aux différents stades de leur exécution.

**Une mission d'assistance financière**. De manière générale, le conducteur d'opération est chargé de **préparer le budget** nécessaire à la réalisation de l'ouvrage et d'assister le maître d'ouvrage dans l'exécution de toutes les opérations comptables nécessaires au règlement de l'ouvrage. Les missions qui sont les siennes dans ce cadre sont ainsi très variées : analyse du budget, montage des **dossiers de subventions**, démarchage en vue de **l'obtention de prêts**, assistance dans la réalisation des opérations de **paiement des différents intervenants**.

**Une mission d'assistance technique**. C'est souvent la mission la plus importante du conducteur d'opération. Il doit principalement porter un regard critique sur les différentes solutions techniques proposées par le maître d'œuvre ou les entrepreneurs. Il est là, également, pour apprécier les risques éventuels que présentent les diverses solutions envisagées. **Au stade de la conception**, il doit conseiller le maître d'ouvrage sur les ajustements du programme. **Au moment du choix des cocontractants**, il a un important rôle de conseil à jouer. **Durant la phase d'exécution** des travaux, il supervise le chantier et gère les ordres de service. Enfin, il assiste le maître d'ouvrage **au moment de la réception** des travaux et durant la phase de garantie de parfait achèvement.

**Le contrat de conduite d'opération se distingue de la délégation de maîtrise d'ouvrage**. Par rapport à la délégation de maîtrise d'ouvrage, la conduite d'opération ne donne pas lieu à la conclusion d'une convention de mandat. Elle n'opère, en effet, aucun transfert de responsabilité. Il n'y a pas de substitution du conducteur d'opération au maître d'ouvrage. Le rôle du conducteur d'opération est plutôt de servir d'interface entre le maître d'ouvrage public et tous ceux qui interviennent sur le chantier. Sa mission commence en aval du projet et s'achève avec la garantie de parfait achèvement.

Le contrat de conduite d'opération (comme celui d'AMO) est un contrat de louage d'ouvrage. Ce cadre juridique correspond à une simple prestation de services sans délégation, qui apporte une « *assistance générale à caractère administratif, financier et technique* ».

De plus, en vertu de la loi MOP, le mandat ne peut démarrer qu'après l'élaboration du programme initial et la détermination de l'enveloppe financière prévisionnelle, étant entendu que ces derniers éléments peuvent encore évoluer au début de la phase de conception. En revanche, il est possible – et même très souvent souhaitable – de faire remonter la mission de conduite d'opération (ou l'AMO) plus en amont, dès l'expression de la demande du maître d'ouvrage ou, du moins, à la décision de lancement et donc, quoi qu'il en soit, avant l'élaboration du programme proprement dit. Ainsi, le maître d'ouvrage pourra s'appuyer sur le conducteur d'opération (ou sur l'AMO) le plus en amont possible, et bénéficier ainsi d'une parfaite cohérence tout au long des différentes étapes du processus de construction.

Si la collectivité publique (ou tout autre maître d'ouvrage soumis à la loi MOP) souhaite conserver l'ensemble de son pouvoir de décision pour opérer les différents choix à effectuer et gérer l'opération tout en se faisant aider et conseiller, elle devra s'entourer d'un conducteur d'opération ou d'un AMO.

### 3.1.2. Les personnes pouvant être conducteurs d'opération

Depuis la modification de la loi MOP par l'ordonnance du 17 juin 2004, la conduite d'opération est autorisée à **toute personne publique ou privée** à condition toutefois que celle-ci, ou toute entreprise qui lui serait liée, n'exerce aucune mission de maîtrise d'œuvre, de réalisation de travaux ou de contrôle technique portant sur l'ouvrage considéré.

Par « **entreprise liée** », au sens de ces dispositions, on entend toute entreprise sur laquelle le mandataire peut exercer, directement ou indirectement, une influence dominante, ou toute entreprise qui peut exercer une influence dominante sur le mandataire, ou toute entreprise qui, comme le mandataire, est soumise à l'influence dominante d'une autre entreprise du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent. L'influence dominante est présumée lorsqu'une entreprise, directement ou indirectement, à l'égard d'une autre entreprise détient la majorité du capital souscrit de l'entreprise, ou dispose de la majorité des voix attachées aux parts émises par l'entreprise, ou peut désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de l'entreprise. Ces dispositions ne sont toutefois pas applicables lorsque le maître d'ouvrage ne peut confier le mandat qu'à une personne désignée par la loi.

## 3.2. L'assistant à maîtrise d'ouvrage (AMO)

L'AMO trouve son origine dans l'éclatement des fonctions traditionnelles de la conduite d'opération (à caractère technique, administratif et financier) et le prolongement des missions d'ordonnancement, de pilotage et de coordination (OPC).

L'AMO n'est défini par aucun texte officiel.

Sauf cas particulier, l'AMO n'est pas mandataire du maître d'ouvrage et n'a donc pas qualité pour le représenter.

L'AMO doit se borner à donner des conseils au maître d'ouvrage. Il doit préparer la décision du maître d'ouvrage et l'éclairer sur l'ensemble des conséquences.

L'AMO n'a pas autorité sur l'entrepreneur.

Le contenu des missions d'assistance peut donc être plus ou moins étendu. L'AMO est susceptible d'intervenir ponctuellement sur des questions précises (AMO technique, AMO

administratif). Le cas échéant, il accompagnera le maître d'ouvrage tout au long de l'opération (AMO management de projet).

La responsabilité de l'AMO est appréciée au regard des missions qui lui sont confiées et relève de l'obligation de moyens et non de résultat. Il ne répond que de ses propres fautes, mais doit être en mesure de justifier la pertinence des moyens mis en œuvre pour l'exécution de sa mission.

**L'AMO technique (AMO T)** intervient dès les études de faisabilité. Il peut participer aux études géotechniques ou acoustiques ou dans le domaine de l'environnement, de l'ergonomie, du développement durable ou de l'accessibilité.

**L'AMO financier** participe à la mise en place des paramètres financiers de l'opération (plan de financement, budget prévisionnel, évaluation des coûts du programme de construction, etc.). Les maîtres d'ouvrage ont de plus en plus souvent recours à un AMO financier pour la vérification de la fiabilité des enveloppes financières prévisionnelles fixées lors du programme et des estimations prévisionnelles proposées par les maîtres d'œuvre.

**L'AMO administratif** aura la capacité à intervenir lors du montage de l'opération pour la détermination du processus de réalisation de l'ouvrage ou pour la définition du cahier des charges techniques des prestataires intellectuels.

## 3.3. Choisir son conducteur d'opération ou son AMO : MAPA ou procédure négociée

Alors que le maître d'ouvrage public a toujours, quel que soit le montant du contrat, la possibilité de choisir son maître d'ouvrage délégué par une procédure adaptée (MAPA), il ne pourra utiliser cette procédure pour choisir son conducteur d'opération ou son AMO que si le montant du contrat est inférieur aux seuils européens de passation des marchés formalisés.

Le maître d'ouvrage pourra recourir à la **procédure adaptée** pour choisir son conducteur d'opération, dès lors qu'il estime que l'assistance qui lui est apportée est d'un **montant inférieur aux seuils européens de passation des procédures formalisées**.

**Au-delà des seuils européens**, la procédure formalisée que devra retenir le maître d'ouvrage pour choisir son conducteur d'opération pourra être la **procédure négociée** si les conditions de l'article 35 du Code des marchés publics sont réunies, ce qui sera le cas si l'appel au conducteur d'opération se fait au démarrage du processus de construction, c'est-à-dire avant que le programme et l'enveloppe financière ne soient arrêtés.

2

# La maîtrise d'œuvre

## 1. Généralités

### 1.1. La fonction de maîtrise d'œuvre

La fonction de maîtrise d'œuvre recouvre l'ensemble des prestations de conseil, d'études et de direction de travaux qu'un professionnel exécute pour le compte d'un client, le maître d'ouvrage, en vue de réaliser des travaux, et qui consiste principalement à :

- **concevoir** un projet de construction neuve ou d'intervention sur un bâtiment existant ;
- **préparer** les marchés de travaux à passer avec les entrepreneurs ;
- **diriger** les travaux réalisés par les entrepreneurs choisis ;
- **vérifier** qu'ils sont exécutés conformément aux dispositions des marchés ;
- **contrôler** le paiement des travaux ;
- **assister** son client pour la réception des ouvrages.

La loi sur l'architecture du 3 janvier 1977 et les décrets de la loi MOP du 29 novembre 1993 pris en application de la loi MOP confèrent à l'architecte un rôle prééminent dans la fonction de maître d'œuvre.

La maîtrise d'œuvre est soit publique – et, en ce cas, elle est exercée par les services techniques de la collectivité – soit privée – elle incombe alors à un architecte ou à un bureau d'études.

### 1.2. Définition

**Pour les marchés privés qui s'y réfèrent, l'article 3.1.10 de la norme Afnor NF P 03-001 – édition décembre 2000** – indique que le maître d'œuvre « *pour la partie relative au marché de travaux, est la personne physique ou morale qui, pour sa compétence, peut être chargée par le maître de l'ouvrage :*

- *de l'assister pour la consultation des entreprises et pour la conclusion du ou des marchés avec le ou les entrepreneurs ;*
- *de diriger l'exécution du ou des marchés de travaux ;*
- *d'assister le maître de l'ouvrage pour la réception des ouvrages et le règlement des comptes avec les entrepreneurs*. »

Cet article précise en note que la fonction de maîtrise d'œuvre est notamment exercée, entre autres maîtres d'œuvre, par les architectes.

**Pour les marchés publics de travaux qui s'y réfèrent expressément, l'article 2 du CCAG Travaux 2009** indique que « *le maître d'œuvre est la personne physique ou morale, publique ou privée, qui, en raison de sa compétence technique, est chargée par le maître d'ouvrage ou son mandataire, afin d'assurer la conformité architecturale, technique et économique de la réalisation du projet, de diriger l'exécution des marchés de travaux, de lui proposer leur règlement et de l'assister lors des opérations de réception ainsi que pendant la période de garantie de parfait achèvement. Les documents particuliers du marché mentionnent le nom et l'adresse du maître d'œuvre. Si le maître d'œuvre est une personne morale, il désigne la personne physique qui a seule la qualité pour le représenter, notamment pour signer les ordres de service*. »

## 1.3. L'équipe de maîtrise d'œuvre : son rôle

Il est exceptionnel de rencontrer une structure pouvant assumer seule l'ensemble des missions et responsabilités du maître d'œuvre.

En pratique, cette fonction est assumée par une équipe constituée pour l'opération :

- d'ingénieurs-conseils ;
- de bureaux d'études techniques ;
- de géomètres ;
- d'urbanistes ;
- de paysagistes…

En amont, ils remplissent une mission de conception de l'ouvrage et, en aval, ont une fonction de surveillance et de coordination des travaux.

Les deux fonctions, de conception au début du processus, de contrôle de l'exécution en fin de processus, peuvent être confiées à des personnes distinctes.

## 1.4. Nature des contrats de maîtrise d'œuvre

Un contrat de maîtrise d'œuvre s'analyse comme un contrat d'entreprise ou de louage d'ouvrage. Sauf disposition contractuelle contraire, ce n'est pas un mandat.

Ils sont cependant marqués d'un caractère *intuitu personae* plus intense que dans les marchés de travaux, ce qui a notamment des incidences sur les modalités de la passation.

Bien qu'il s'agisse de missions intellectuelles et que les contrats relèvent du CCAG Prestations intellectuelles (CCAG-PI), les marchés de maîtrise d'œuvre (mais non les contrats avec les géomètres experts) sont des marchés de travaux publics en raison de l'effet attractif de cette notion lorsque les ouvrages conçus sont des ouvrages publics (cf. 2e partie, « Le cadre juridique »).

## 1.5. Le dispositif réglementaire

- La loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 modifiée, dite loi MOP, détaille les missions qu'un maître d'œuvre privé peut effectuer pour un maître d'ouvrage public (au sens large de maître d'ouvrage soumis aux règles de la commande publique).
- Le décret n° 93-1268 du 29 novembre 1993 relatif aux missions de maîtrise d'œuvre confiées par des maîtres d'ouvrage publics à des prestataires de droit privé. Ce décret encadre le contrat de maîtrise d'œuvre.
- L'arrêté du 21 décembre 1993 en précise les modalités techniques d'exécution.
- L'ordonnance du 6 juin 2005 et ses décrets d'application modifiés du 20 décembre 2005 et du 30 décembre 2005, notamment pour les procédures de concours et de conception-réalisation.
- Le Code des marchés publics de 2006 modifié pour les procédures de passation des marchés de maîtrise d'œuvre.

## 1.6. Les maîtres d'ouvrage assujettis à la loi MOP

Il s'agit des maîtres d'ouvrage soumis au Code des marchés publics et de certaines personnes publiques ou privées gérant des fonds publics.

- Les personnes publiques soumises au Code des marchés publics :
  - l'État et ses établissements publics à caractère autre qu'industriel et commercial ;
  - les collectivités territoriales et leurs établissements publics.
- Certaines personnes publiques non soumises au Code des marchés publics : les établissements publics à caractère industriel et commercial (EPIC)…
- Certaines personnes privées (réglementées) :
  - les organismes privés de sécurité sociale ;
  - les organismes privés d'HLM, lorsqu'ils réalisent des logements locatifs aidés par l'État ;
  - les sociétés d'économie mixte (SEM) de construction et de gestion de logements sociaux, lorsqu'elles réalisent des logements locatifs aidés par l'État.

## 1.7. Les ouvrages concernés par la loi MOP

Sont concernés par la loi MOP :

- le bâtiment ;
- l'infrastructure ;
- les équipements industriels liés à leur exploitation (ex. : chaufferie d'immeuble) ;
- les constructions neuves ;
- les opérations de réhabilitation ;
- les opérations de réutilisation.

Ne sont pas concernés :

- les ouvrages industriels ;
- les ouvrages d'infrastructure réalisés dans une ZAC ou un lotissement ;

- les opérations de restauration sur les édifices protégés par la législation des monuments historiques.

### 1.8. Les contrats concernés par la loi MOP

Il s'agit uniquement des contrats passés avec la maîtrise d'œuvre privée ; la maîtrise d'œuvre publique n'est pas concernée.

Les décrets s'appliquent pour tout contrat de maîtrise d'œuvre relatif aux ouvrages soumis à la loi MOP, quel qu'en soit le montant : les marchés passés selon une procédure adaptée sont concernés.

## 2. Les éléments de mission de maîtrise d'œuvre

Le décret n° 93-1268 du 29 novembre 1993 définit chaque élément de mission et en précise l'objet.

La définition du contenu de chaque élément de mission est établie en termes d'obligation de résultat, et non par la description des prestations ou de documents à produire.

Le contrat précise les prestations dues par le maître d'œuvre.

Chaque élément de mission a un contenu qui est normalisé et qui forme un tout indissociable.

Ces éléments sont groupés dans une mission de base pour les ouvrages de bâtiment. La mission de base n'est pas imposée dans le domaine des infrastructures.

**Abréviations des termes employés dans la MOP**

ESQ = études d'esquisse

EP = études préliminaires

DIA = études de diagnostic

AVP = études d'avant-projet

APS = études d'avant-projet sommaire

APD = études d'avant-projet définitif

PRO = études de projet

EXE = études d'exécution

SYN = plans de synthèse

VISA = visa des études d'exécution

ACT = assistance au maître d'ouvrage pour la passation des contrats de travaux

OPC = ordonnancement, pilotage, coordination

DET = direction de l'exécution des contrats de travaux

AOR = assistance lors des opérations de réception et pendant l'année de garantie de parfait achèvement

| | | |
|---|---|---|
| **ESQ** | Études d'esquisse | Choix du parti général de l'ouvrage |
| **APS** | Études d'APS | Contrôle de la compatibilité avec les contraintes du programme et du site<br>Établissement de l'estimation prévisionnelle<br>Proposition de performances techniques à atteindre |
| **APD** | Études APD<br>Choix du mode de dévolution | Choix des solutions techniques<br>Établissement de l'estimation définitive du coût prévisionnel des travaux décomposés en lots séparés |
| **PRO** | Études de projet | Conception générale et précisions<br>Consistance d'un descriptif par lot :<br>• le délai global d'exécution<br>• le coût prévisionnel des travaux (sur la base d'un avant-métré) |
| **ACT** | Assistance contrats de travaux | Passation des contrats<br>Mise au point des dossiers de consultation<br>Analyse comparative des offres (et des variantes) |
| **VISA ou EXE** | Contrôle PEX de l'entrepreneur<br>Études d'exécution | Cas le plus fréquent<br>Cas particuliers |
| **DET** | Direction exécution travaux | Suivi exécution marchés<br>Contrôle général des travaux et des demandes d'acomptes |
| **AOR** | Assistance opération réception | Réception + suivi levée réserves et dossier des ouvrages exécutés (DOE) |
| **OPC** | Ordonnancement, pilotage, coordination | Seul élément de mission ne faisant pas partie de la mission de base en bâtiment |

## Missions complémentaires

Le maître d'ouvrage peut confier des missions complémentaires à la maîtrise d'œuvre dont une liste non limitative figure dans les annexes de l'arrêté du 21 décembre 1993.

Elles doivent être prises en compte pour la fixation de la rémunération du maître d'œuvre dans le cadre de son contrat.

Il peut s'agir de :

- l'aide à la programmation ;
- la mise au point du schéma directeur de la qualité (SDQ) ;
- l'assistance pour des dossiers administratifs particuliers ou pour mettre en œuvre la consultation ou l'information des usagers ;
- l'établissement des plans d'exécution, de devis quantitatifs ou de devis estimatifs détaillés ;
- l'ordonnancement et la planification ;
- la détermination des coûts d'exploitation et de maintenance ;
- l'étude d'un système de gestion ;
- l'assistance à l'insertion des arts plastiques ;
- le choix des équipements, du mobilier, de la signalétique, etc.

## 2.1. La phase de conception

### 2.1.1. Les études d'esquisse (ESQ)

L'esquisse permet d'arrêter le parti général de l'ouvrage et d'engager le dialogue entre le maître d'ouvrage et le maître d'œuvre, avant toute étude plus importante.

Cet élément de mission est tout à fait adapté à la dévolution de marchés de maîtrise d'œuvre par concours. En effet, il permet le choix du maître d'œuvre en limitant les études au strict nécessaire.

Cet élément de mission concerne les ouvrages de bâtiment en construction neuve.

### 2.1.2. Les études de diagnostic (DIA)

Elles sont indispensables avant toute décision du maître d'ouvrage d'engager une opération de **réhabilitation ou de réutilisation**.

Le maître d'ouvrage remet au responsable de la mission diagnostic les renseignements en sa possession et, lorsqu'elles existent, les expertises techniques réalisées par des bureaux de contrôle technique.

Souvent réalisées par des équipes pluridisciplinaires, les études de diagnostic correspondent à un état des lieux architectural et technique.

Elles servent à l'élaboration du programme.

Elles remplacent l'élément de mission esquisse dans les opérations de réhabilitation.

### 2.1.3. Les études préliminaires (EP)

La finalité des études préliminaires est de permettre au maître d'ouvrage d'arrêter le parti d'ensemble **d'un ouvrage de génie civil**.

Elles ont pour objet :

- de préciser les contraintes physiques, économiques et environnementales conditionnant le projet ;
- de présenter une ou plusieurs solutions techniques, architecturales, d'implantation et d'insertion dans le paysage ;
- de comparer les éléments des diverses solutions ;
- d'indiquer des délais de réalisation ;
- d'examiner leur compatibilité avec l'enveloppe financière prévisionnelle.

Elles sont remplacées par des études de diagnostic pour les opérations de réhabilitation d'ouvrages d'infrastructure.

### 2.1.4. Les études d'avant-projet (AVP)

Les études d'avant-projet pour le bâtiment comprennent les études d'avant-projet sommaire (APS), les études d'avant-projet définitif (APD) et l'établissement des dossiers d'autorisations administratives (permis de construire).

L'APS a pour objet d'apprécier les volumes intérieurs et l'aspect extérieur de l'ouvrage, de préciser le calendrier de réalisation, d'établir une estimation provisoire du coût prévisionnel des travaux.

L'APD doit permettre au maître d'ouvrage d'arrêter définitivement le programme et de passer les marchés de travaux.

Cela suppose que le coût prévisionnel soit définitivement estimé et décomposé en lots séparés.

L'arrêté du 21 décembre 1993 précise en détail la liste des tâches relevant de l'avant-projet définitif.

### 2.1.5. Les études de projet (PRO)

Les études de projet comprennent toutes les **études** et **plans de conception générale** qui sont nécessaires à une consultation en corps d'état séparés.

Elles prévoient le cadre des éventuelles variantes avec leurs conditions minimales d'acceptation.

Elles ne comprennent pas les **plans d'exécution**, qui seront établis ultérieurement soit par la maîtrise d'œuvre soit par l'entrepreneur, en tenant compte alors de la technologie qui lui est propre.

Elles permettent d'établir le délai global d'exécution et un coût prévisionnel des travaux décomposés par corps d'état sur la base d'un avant-métré.

### 2.1.6. L'assistance pour la passation du ou des contrats de travaux (ACT)

Cette mission confère une réelle responsabilité pour la maîtrise d'œuvre dans la chaîne de consultation des entreprises. Ainsi, la maîtrise d'œuvre donne son avis sur le choix des entreprises, non seulement en cas d'appel à la concurrence, mais aussi lorsqu'elles sont pressenties par le maître d'ouvrage.

La phase de l'ACT comporte quatre éléments :

- la préparation de la consultation des entreprises en fonction du mode de passation et de dévolution des marchés ;
- la préparation, s'il y a lieu, de la sélection des candidats et l'examen des candidatures obtenues ;
- l'analyse des offres des entreprises et, s'il y a lieu, des variantes ;
- la préparation des mises au point permettant la passation (en réalité, c'est la conclusion) du ou des contrats de travaux.

## 2.2. La phase de réalisation

### 2.2.1. Les études d'exécution (EXE)

Elles concernent les calculs et les plans, et complètent les études de projet.

Elles prennent en compte les modalités technologiques de réalisation et sont destinées au chantier.

Les plans de synthèse (SYN), indispensables à la coordination des plans établis par les différentes entités, font également partie de cet élément de mission.

Les études d'exécution sont confiées en totalité ou en partie à la maîtrise d'œuvre ou aux entreprises possédant les compétences et les capacités d'études requises.

**Lorsqu'elles sont effectuées par la maîtrise d'œuvre**, elles comportent tous les plans d'exécution et spécifications à l'usage du chantier, sans nécessiter pour l'entrepreneur d'études complémentaires autres que celles concernant les plans d'atelier et de chantier (PAC) relatifs aux méthodes de réalisation, aux ouvrages provisoires et aux moyens de chantier.

**Lorsqu'elles sont réalisées par les entreprises**, la maîtrise d'œuvre procède à un examen de conformité des études d'exécution au projet et délivre son visa sur les plans d'exécution et de synthèse réalisés par les entreprises.

L'examen de conformité détecte les anomalies décelables par l'homme de l'art, mais ne procède ni au contrôle ni à la vérification intégrale des documents établis par l'entreprise.

La délivrance du visa ne dégage pas l'entreprise de sa responsabilité.

### 2.2.2. La direction de l'exécution des contrats de travaux (DET)

Cet élément de mission a quatre finalités essentielles.

**Vérification du respect du contrat de travaux**. Le maître d'œuvre doit s'assurer que les documents d'exécution et les ouvrages en cours de réalisation respectent les dispositions des études effectuées.

Il doit également s'assurer que l'exécution des travaux est conforme au marché de travaux.

**Ordre de service et réunion de chantier**. Le maître d'œuvre est chargé de délivrer tous ordres de service, d'établir tous les procès-verbaux nécessaires à l'exécution du contrat de travaux, de procéder aux constats contradictoires, d'organiser et de diriger les réunions de chantier.

Cela implique une présence physique suffisante, mais non permanente, du maître d'œuvre ou de ses préposés sur le chantier sans que le maître d'ouvrage puisse exiger, sauf clause spéciale, la présence de l'architecte lui-même.

**Contrôle des situations**. Il s'agit :

- de vérifier les projets de décomptes mensuels ou les demandes d'avances présentées par l'entrepreneur ;
- d'établir les états d'acomptes ;
- de vérifier le projet de décompte final établi par l'entrepreneur ;
- d'établir le décompte général.

L'architecte doit assurer le contrôle des situations de travaux produites par l'entreprise.

Il est responsable si les acomptes ne peuvent être récupérés par le maître d'ouvrage, sous réserve, le cas échéant, des négligences du maître d'ouvrage dans ses tentatives de recouvrement.

**Assistance aux différends**. Le maître d'œuvre doit assister le maître d'ouvrage en cas de différend sur le règlement ou l'exécution des travaux.

### 2.2.3. Ordonnancement, pilotage et coordination (OPC)

Cette mission est dorénavant une mission de maîtrise d'œuvre.

La mission OPC ne fait pas partie de la mission de base.

Le maître d'ouvrage dispose, en effet, de plusieurs solutions pour assurer cette tâche :

- assurer lui-même la coordination ;
- recourir à l'entreprise générale ou à la cotraitance ;
- charger le maître d'œuvre de cette mission ;
- recourir à une entreprise spécialisée dans l'OPC, qui est alors un lot du marché de travaux.

Cette formule est usuelle pour les ouvrages d'une certaine importance réalisés en marchés séparés.

L'**ordonnancement** consiste à analyser les tâches élémentaires portant sur les études d'exécution et les travaux, et à déterminer leur enchaînement ainsi que leur chemin critique, par des documents graphiques.

La **coordination** consiste à harmoniser dans le temps et dans l'espace les actions des différents intervenants au stade des travaux.

Le **pilotage** consiste à mettre en application les mesures d'organisation arrêtées au niveau de l'ordonnancement et de la coordination.

Cette mission dure jusqu'à la levée des réserves.

### 2.2.4. Assistance lors des opérations de réception et pendant la période de garantie de parfait achèvement (AOR)

Cette mission précise que le maître d'œuvre conserve un rôle de maître d'ouvrage jusqu'à la levée des réserves et assure un rôle de conseil du maître d'ouvrage jusqu'à l'achèvement de la période de garantie.

## 3. La mission de base

**Pour les ouvrages d'infrastructure**, la mission de base n'est qu'une mission témoin non obligatoire.

**Pour les ouvrages de bâtiment**, la mission de base est obligatoire.

La mission de base obligatoire dans le bâtiment a été introduite dans un souci de qualité. Elle est continue même en cas de missions spécifiques. Son contenu doit permettre à la maîtrise d'ouvrage de s'assurer de la qualité de l'ouvrage et du respect du programme, de consulter les entrepreneurs, notamment par lots séparés, et de désigner le titulaire du contrat de travaux.

C'est pourquoi l'élément de mission projet fait partie de la mission de base. En effet, c'est à ce stade que, dans tous les cas, le maître d'ouvrage peut consulter valablement des entreprises par lots séparés.

Elle doit permettre à la maîtrise d'œuvre de réaliser la synthèse architecturale des objectifs et des contraintes du programme, et de s'assurer du respect, lors de l'exécution de l'ouvrage, des études qu'elle a effectuées.

C'est pourquoi les éléments de mission direction de l'exécution des contrats de travaux et assistance au maître d'ouvrage pour la passation des contrats de travaux font partie de la mission de base.

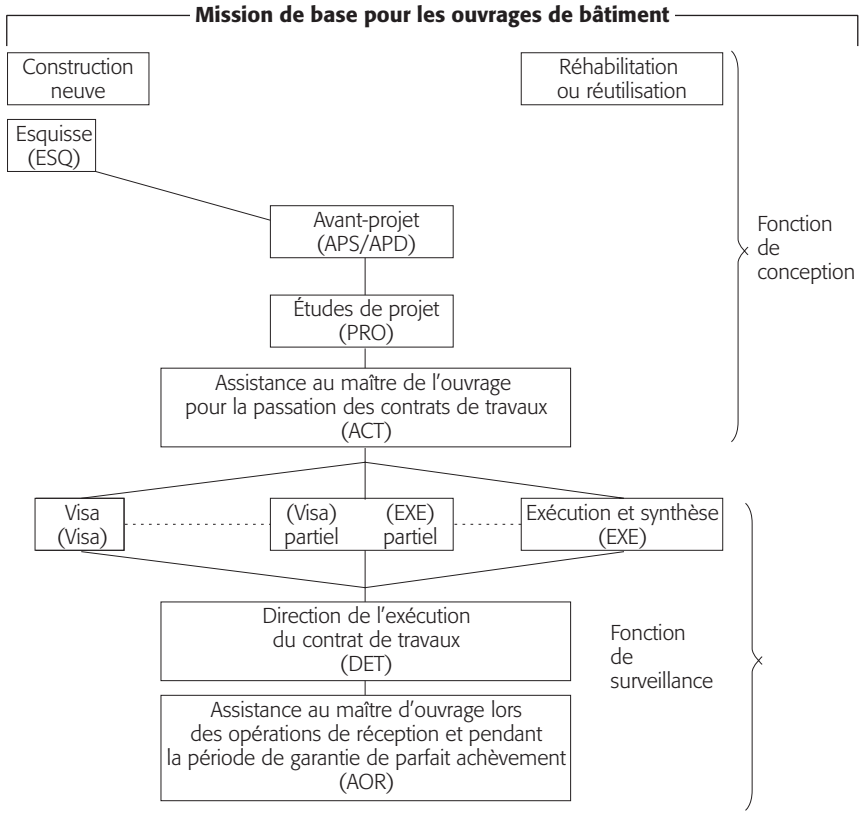
Le visa des études d'exécution faites par les entreprises et la participation à la cellule de synthèse font également partie de la mission de base.

Toutefois, lorsque le maître d'ouvrage confie à la maîtrise d'œuvre tout ou partie des études d'exécution, l'élément de mission exécution se substitue à l'élément de mission visa.

La mission de base fait l'objet d'un contrat unique.

Il n'est donc pas possible pour le maître d'ouvrage de passer des contrats sur des parties de mission de base.

Pour les opérations de réhabilitation ou de réutilisation d'un ouvrage de bâtiment, les études de diagnostic ne sont pas comprises dans la mission de base. En effet, elles sont effectuées le plus souvent par le maître d'ouvrage avant toute décision de monter ou non l'opération.


Mission de base pour les ouvrages de bâtiment
Construction neuve
Réhabilitation ou réutilisation
Esquisse (ESQ)
Avant-projet (APS/APD)
Études de projet (PRO)
Assistance au maître de l'ouvrage pour la passation des contrats de travaux (ACT)
Fonction de conception
Visa (Visa)
(Visa) partiel
(EXE) partiel
Exécution et synthèse (EXE)
Direction de l'exécution du contrat de travaux (DET)
Assistance au maître d'ouvrage lors des opérations de réception et pendant la période de garantie de parfait achèvement (AOR)
Fonction de surveillance

# 4. Le contrat de maîtrise d'œuvre

## 4.1. Généralités

Le maître d'ouvrage s'attache à définir les compétences pluridisciplinaires qu'il souhaite réunir pour l'étude et le suivi de la réalisation de l'ouvrage.

Le contrat est passé avant tout commencement des études ou à l'issue du concours.

Le contrat précise la mission qui est confiée à la maîtrise d'œuvre :
- par l'énumération des éléments de mission ;
- et les éventuelles missions complémentaires.

Il précise également, le cas échéant, la nature des documents concrétisant l'exécution de ces éléments de mission, notamment pour les dossiers d'autorisation administrative.

Le maître d'ouvrage indique au maître d'œuvre le mode de dévolution des travaux au plus tard avant le commencement des études de projet et, en tout cas, avant toute demande d'engagement de la maîtrise d'œuvre.

## 4.2. Le forfait de rémunération de la maîtrise d'œuvre

Les conditions financières du contrat, dont la rémunération forfaitaire de la maîtrise d'œuvre, sont négociées par le maître d'ouvrage à partir d'une proposition établie par le maître d'œuvre.

Cette négociation porte :
- sur l'étendue de la mission ;
- son degré de complexité ;
- le coût prévisionnel des travaux ;
- et les conditions de l'engagement de la maîtrise d'œuvre au respect des coûts.

Le coût prévisionnel des travaux n'étant pas établi par le maître d'œuvre au stade de l'esquisse, le maître d'ouvrage peut dans ce cas arrêter provisoirement le forfait rémunération à partir de sa propre estimation des travaux.

Le contrat prévoit alors les conditions de réajustement du montant forfaitaire provisoire de la rémunération.

**La rémunération d'un maître d'œuvre est forfaitaire.** Le Conseil d'État rappelle les règles relatives à la rémunération du maître d'œuvre dans un arrêt où le maître d'œuvre avait demandé une augmentation de sa rémunération du fait de l'allongement du chantier dû à un retard des travaux de quatorze mois. « *Considérant qu'il résulte de ces dispositions que le titulaire d'un contrat de maîtrise d'œuvre est rémunéré par un prix forfaitaire couvrant l'ensemble de ses charges et missions, ainsi que le bénéfice qu'il en escompte, et que seules une modification de programme ou une modification de prestations décidées par le maître de l'ouvrage peuvent donner lieu à une adaptation et, le cas échéant, à une augmentation de sa rémunération ; que la prolongation de sa mission n'est de nature à justifier une rémunération supplémentaire du maître d'œuvre que si elle a donné lieu à des modifications de programme ou de prestations décidées par le maître d'ouvrage ; qu'en outre, le maître d'œuvre ayant effectué des missions ou prestations non prévues au marché de maîtrise d'œuvre et qui n'ont pas été décidées par le maître d'ouvrage a droit à être rémunéré de ces missions ou prestations, nonobstant le caractère forfaitaire du prix fixé par le marché si, d'une part, elles ont été indispensables à la réalisation de l'ouvrage selon les règles de l'art, ou si, d'autre part, le maître d'œuvre a été confronté dans l'exécution du marché à des sujétions imprévues présentant un caractère exceptionnel et imprévisible, dont la cause est extérieure aux parties et qui ont pour effet de bouleverser l'économie du contrat ; que la cour n'a donc pas commis d'erreur de droit en ne reconnaissant pas un droit à indemnisation à la SOCIÉTÉ BABEL du seul fait de la prolongation de sa mission indépendamment, soit d'une modification du programme ou des prestations décidée par le maître de l'ouvrage, soit de la réalisation de prestations indispensables à la réalisation de l'ouvrage selon les règles de l'art ou consécutives à des sujétions*

*imprévues répondant aux caractéristiques décrites ci-dessus* » (CE, 29 septembre 2010, Société Babel c/ Commune d'Orange).

**En cas de prestations supplémentaires utiles demandées par le maître d'ouvrage au maître d'œuvre, l'indemnisation de ce dernier se calcule sur la base du coût réel des prestations réalisées**. La cour d'appel de Douai rappelle que le titulaire d'un contrat de maîtrise d'œuvre est rémunéré par un prix forfaitaire et que seules une modification de programme ou une modification de prestations décidées par le maître de l'ouvrage peuvent éventuellement donner lieu à une adaptation de sa rémunération. Elle rappelle que « *le droit du maître d'œuvre à l'augmentation de sa rémunération est uniquement subordonné à l'existence de prestations supplémentaires de maîtrise d'œuvre utiles à l'exécution des modifications décidées par le maître de l'ouvrage* ». La Cour ajoute « *qu'en revanche, ce droit n'est subordonné, ni à l'intervention [d'un] avenant* […], *ni même, à défaut d'avenant, à une décision par laquelle le maître d'ouvrage donnerait son accord sur un nouveau montant de rémunération du maître d'œuvre* ». En l'espèce, le juge constate que les prestations supplémentaires ont été « *utiles à l'exécution des modifications décidées par le maître d'ouvrage* », estime le coût réel des prestations supplémentaires à 53 856 euros, mais décide que, le requérant « *ayant limité sa demande indemnitaire à la somme de 33 097,27 euros TTC, il y a lieu de lui allouer cette somme* » (CAA Douai, 22 janvier 2015, Société Arc Ame).

## 4.3. L'engagement de la maîtrise d'œuvre

Pour les ouvrages de bâtiment, l'engagement de la maîtrise d'œuvre au respect des coûts est obligatoire.

Il porte successivement :

- sur le coût prévisionnel des travaux ;
- puis sur celui qui résulte des contrats de travaux.

Chacun de ces engagements est assorti d'un seuil de tolérance différent qui s'exprime le plus souvent par un taux. Ce taux négociable est fixé dans le contrat et tient compte :

- du stade de l'engagement ;
- et de la complexité de l'opération.

Le premier engagement est obtenu :

- soit à l'APS sur le coût prévisionnel provisoire ;
- soit à l'APD sur le coût prévisionnel définitif (procédure la plus courante) ;
- au plus tard, après les études de projet sur le coût prévisionnel fixé à ce stade de l'étude.

Le respect de l'engagement est vérifié lors de la passation des contrats de travaux. Si le taux de tolérance est dépassé, le maître d'œuvre peut être amené à reprendre gracieusement les études.

Le second engagement est obtenu après la passation des marchés de travaux.

Le contrat prévoit les modalités de pénalisation financière de la maîtrise d'œuvre en cas de dépassement constaté du coût initial des contrats de travaux, augmenté du seuil de tolérance. Le montant de cette pénalité est plafonné (15 % des éléments de mission DET et AOR).

Le respect de l'engagement est vérifié au moment de l'établissement des décomptes généraux et définitifs (DGD).

# 5. La responsabilité du maître d'œuvre

Parmi l'ensemble des constructeurs, **les maîtres d'œuvre** (architectes, bureaux d'études techniques, ingénieurs-conseils, sociétés d'ingénierie, services techniques des collectivités publiques) **détiennent, en raison du caractère spécifique de leur mission** (conception, contrôles, suivi du chantier), **une responsabilité particulière** lors de la réalisation des constructions.

D'une manière générale, le maître d'œuvre est concerné non seulement par les désordres imputables à des vices du sol (absence de sondage, transmission d'informations erronées ou insuffisantes à l'entrepreneur…) ou de conception (erreur dans l'établissement des plans, dans le choix des matériaux…) (CE, 10 juillet 1974, Descottes-Génon), mais également par les désordres imputables à des vices de construction en raison de sa mission de contrôle et de surveillance des travaux (CE, Sect., 21 octobre 1966).

## 5.1. La conception : les fautes de conception

En pratique, la notion de conception est définie négativement par la jurisprudence par les fautes de conception.

Elles sont innombrables et extrêmement variées.

Les fautes de conception sont rarement isolées, s'y ajoutent d'autres fautes de l'architecte, du maître d'ouvrage ou des constructeurs.

Les plus fréquentes sont les suivantes :

- omission d'ouvrages ;
- omission d'études ;
- non-prise en compte de données physiques ou d'études existantes ;
- ouvrages ou parties d'ouvrages mal conçus ;
- insuffisance des études.

À ce titre, le maître d'œuvre engage sa responsabilité vis-à-vis du maître d'ouvrage.

**Le choix des matériaux fait partie intégrante de la phase de conception, compétence quasi exclusive de l'architecte**. Aussi, lorsque l'architecte préconise l'emploi d'un type de matériaux qui se révèle **inadapté**, soit à l'environnement soit à la destination de l'immeuble, la **faute de conception est incontestablement constituée**.

Tel est, par exemple, le cas lorsque les matériaux choisis se sont révélés inadaptés à l'activité du site, alors que l'architecte ne pouvait ignorer la destination de l'ouvrage qu'il entendait concevoir (jurisprudence constante depuis Cass. 3e civ. 4 avril 1978). Il appartient, en effet, à l'architecte de s'entourer de toutes les informations utiles relatives à l'utilisation du bâtiment. Dans cette hypothèse, la responsabilité de l'architecte sera, le plus souvent, exclusive (Cass. 2e civ. 5 juillet 2000).

## 5.2. Le défaut de conseil

La mission de conseil du maître d'œuvre consiste essentiellement à appeler l'attention du maître d'ouvrage sur les inconvénients des choix opérés.

Comme pour la faute de conception, la jurisprudence définit plutôt **le manquement à l'obligation de conseil** que l'obligation de conseil elle-même.

Contrairement à d'autres marchés, comme les marchés de travaux, où la mission de conseil est plutôt accessoire, elle est souvent principale dans les marchés de maîtrise d'œuvre.

Le maître d'œuvre pourra voir sa responsabilité engagée vis-à-vis du maître d'ouvrage lorsqu'il n'aura pas respecté son obligation de conseil dans les cas suivants :

- budget de l'opération ;
- caractéristiques de l'ouvrage ;
- choix des conditions de passation des marchés de travaux ;
- choix des entreprises ;
- opérations de réception.

En particulier, les maîtres d'œuvre sont ainsi débiteurs, à l'égard du maître d'ouvrage, d'une obligation de conseil au moment de la réception. S'agissant des constructions publiques, le Conseil d'État a jugé (CE, 8 juin 2005, Ville de Caen c/ Dubois) que **cette obligation de conseil a une portée générale, et ce, *« alors même que ces désordres ne rendraient pas l'immeuble impropre à sa destination et n'entreraient pas dans le champ de la garantie décennale »***. Le maître d'œuvre engage sa responsabilité dès lors qu'il a omis d'attirer l'attention du maître d'ouvrage sur les désordres existant à la date de la réception, quelle que soit la gravité des désordres. En l'espèce, dans le cadre de la construction du musée des Beaux-Arts de Caen, des malfaçons rendant dangereuses la circulation du personnel dans les combles du musée ont donné lieu à la condamnation solidaire des maîtres d'œuvre et des autres constructeurs à réparer le préjudice subi par la ville.

**Alourdissement de l'obligation contractuelle de conseil qui pèse sur les architectes et les maîtres d'œuvre dans leurs relations spécifiques avec le maître d'ouvrage, en particulier lors de la réception des travaux**. Le cas échéant, l'architecte est tenu de signaler les anomalies qu'il constate et d'inciter le maître d'ouvrage à assortir la réception des réserves adéquates qui permettront de prolonger d'autant la responsabilité contractuelle des entrepreneurs concernés. **L'arrêt du CE du 6 avril 2007** (Centre hospitalier de Boulogne-sur-Mer) confirme et précise ces obligations : « […] *lorsqu'il a connaissance de désordres survenus en cours de chantier qui, sans affecter l'état de l'ouvrage achevé, ont causé des dommages au maître d'ouvrage, il appartient au maître d'œuvre chargé d'établir le décompte général du marché soit d'inclure dans ce décompte, au passif de l'entreprise responsable de ces désordres, les sommes correspondant aux conséquences de ces derniers, soit s'il n'est pas encore en mesure de chiffrer lesdites conséquences avec certitude, d'attirer l'attention du maître d'ouvrage sur la nécessité, pour lui, en vue de sauvegarder ses droits, d'assortir la signature du décompte de réserves relatives à ces conséquences.* »

**Devoir de conseil. Un maître d'œuvre doit appeler l'attention sur les désordres affectant l'ouvrage dont il a connaissance**. Le Conseil d'État a précisé « que la responsabilité des maîtres d'œuvre pour manquement à leur devoir de conseil peut être engagée, dès lors qu'ils se sont abstenus d'appeler l'attention du maître d'ouvrage sur des désordres affectant l'ouvrage et dont ils pouvaient avoir connaissance, en sorte que la personne publique soit mise à même de ne pas réceptionner l'ouvrage ou d'assortir la réception de réserves ». Il a ajouté qu'il importait peu, « à cet égard, que les vices en cause aient ou non présenté un caractère apparent lors de la réception des travaux, dès lors que le maître d'œuvre en avait eu connaissance en cours de chantier » (CE, 28 janv. 2011, Cabinet d'études Marc-Merlin *et al.*).

**Devoir de conseil et sous-traitance occulte**. Si le maître d'œuvre n'informe pas le maître d'ouvrage de la présence sur le chantier d'un sous-traitant occulte, sa responsabilité est engagée et il est condamné à garantir partiellement le maître d'ouvrage (Cass. 3e civ., 10 février 2010, Société ERM c/ SCI Le Chiquito).

En outre, il doit accompagner le maître d'ouvrage dans toutes les formalités imposées par la loi de 1975 sur la sous-traitance pour assurer sa protection ainsi que celle du sous-traitant. Le maître d'ouvrage condamné sur le fondement de l'article 14-1 de cette loi à indemniser le sous-traitant impayé peut donc être garanti par le maître d'œuvre (en l'espèce, un BET) qui a négligé de l'informer de la présence du sous-traitant. (Cass. 3e civ., 10 décembre 2014).

## 5.3. Le défaut de surveillance

L'obligation de surveillance incombant au maître d'œuvre concerne, d'une part, **la réalisation matérielle des travaux** et, d'autre part, la **vérification des décomptes** et mémoires présentés par les entrepreneurs, ainsi que l'établissement des propositions de règlement.

Sa responsabilité pourra être recherchée par le maître d'ouvrage en cas de négligences commises dans ces tâches.

Toutefois, assez fréquemment, la responsabilité du maître d'œuvre ne sera retenue solidairement avec celle des entreprises **que si le maître d'œuvre peut se voir reprocher, en plus d'un défaut de surveillance, une faute de conception ou des manquements à ses obligations vis-à-vis du maître d'ouvrage**.

Le Conseil d'État a ainsi mis à la charge de l'architecte les malfaçons affectant une façade en invoquant un défaut de surveillance dans la fabrication et la mise en œuvre des panneaux de revêtement (CE, 26 juillet 1985). Le fait que les matériaux aient fait l'objet, au moment de leur mise en œuvre, d'un agrément (type CSTB) ou d'un avis technique, ne constitue pas davantage une cause exonératoire de responsabilité.

Un procédé conforme aux documents techniques unifiés (DTU), et considéré comme courant au moment de sa mise en œuvre, pourra néanmoins engager la responsabilité de l'architecte si ce procédé s'est révélé, par la suite, défectueux (Cass. 3e civ., 17 mai 1983).

Il semble, par ailleurs, que la Haute Juridiction accorde peu de crédit à l'argument tiré du respect des normes, ainsi qu'en témoignent deux arrêts rendus en 2005 retenant la responsabilité des constructeurs (Cass. 3e civ., 12 octobre 2005 ; et Cass. 3e civ., 26 octobre 2005).

**À noter**, toutefois, un arrêt où la responsabilité de l'architecte est recherchée pour des désordres affectant une maison en bois construite en Guadeloupe, dont il avait imaginé l'ensemble des caractéristiques techniques. Alors même qu'il était le concepteur du projet et qu'en toute hypothèse, il a été amené à se prononcer sur le matériau choisi, la Haute Juridiction l'a exonéré de toute responsabilité dans la mesure où, n'ayant pas été mandaté pour surveiller les travaux, il ne pouvait être rendu responsable de l'inadéquation du bois avec son milieu. Il s'agit là d'une position plus audacieuse qu'à l'accoutumée pour la Cour de cassation (Cass. 3e civ., 18 janvier 2006).

## 5.4. L'atténuation de la responsabilité du maître d'œuvre par celle d'un tiers

**La faute du maître d'ouvrage** (imprudence ou négligence, compte tenu de la compétence des services techniques dont il dispose) est de nature à atténuer la responsabilité du maître d'œuvre, voire à exonérer celui-ci de toute responsabilité.

Le maître d'œuvre peut voir sa responsabilité exonérée ou atténuée lorsque le maître d'ouvrage commet une imprudence grave en prononçant la réception sans réserves de travaux dont il ne pouvait ignorer les défectuosités, ou lorsque la collectivité dispose de services techniques compétents présents lors de la réception des ouvrages (CE, 20 octobre 1976, Ville du Havre).

La jurisprudence admet depuis longtemps, en ce qui concerne le choix des matériaux par exemple, que l'architecte ne soit pas le seul responsable. D'autres intervenants sont en effet susceptibles d'intervenir.

C'est le cas de l'économiste qui rédige le cahier des clauses techniques particulières (CCTP) ou du bureau de contrôle amené à se prononcer sur la conformité des matériaux avec la réglementation. La responsabilité de l'entrepreneur est plus fréquemment engagée, parfois même de manière exclusive. C'est le cas s'il choisit lui-même les matériaux ou le procédé à mettre en œuvre ou s'il s'est livré à une substitution de matériaux.

Cela étant, **la mise en cause de l'entrepreneur ou du bureau d'études n'exonère pas nécessairement totalement l'architecte**, dont la responsabilité continue d'être recherchée. En effet, il lui appartient, au titre de son devoir de surveillance, de veiller à la correcte mise en œuvre des matériaux (Cass. 3e civ., 7 octobre 1981), y compris de ceux qu'il n'aurait pas choisis. Il doit également s'assurer qu'il s'agit des matériaux prévus à l'origine. Ainsi, la responsabilité sera partagée entre l'entrepreneur qui a mis en place un procédé défectueux contraire aux prescriptions du maître d'œuvre, et l'architecte qui n'a pas décelé ce procédé ou émis d'observations à ce sujet (CE, 14 décembre 1981).

**Devoir de conseil du maître d'œuvre et responsabilité du maître d'ouvrage**. Le Conseil d'État a précisé que *« la seule circonstance que le maître d'ouvrage ait connaissance des désordres affectant l'ouvrage avant sa réception ne saurait exonérer le maître d'œuvre de son obligation de conseil lors des opérations de réception de celui-ci »* et *« qu'il appartient au juge d'apprécier si les manquements du maître d'œuvre à son devoir de conseil sont à l'origine des dommages dont se plaint le maître d'ouvrage ; que, dans l'hypothèse où ces manquements ne sont pas la cause des dommages ainsi allégués, la responsabilité du maître d'œuvre au titre de son devoir de conseil ne peut être engagée »*. Il en a conclu que *« l'imprudence particulièrement grave de la communauté de communes qui, malgré sa connaissance des désordres affectant l'ouvrage, en avait prononcé la réception définitive, était seule à l'origine des dommages dont elle se plaignait »* et donc que la responsabilité des maîtres d'œuvre, au titre d'un manquement à leur obligation de conseil, devait être écartée (CE, 10 juillet 2013, Communauté de communes de Chamousset-en-Lyonnais).

## 5.5. La responsabilité du maître d'œuvre vis-à-vis de l'entrepreneur

Lorsque sa responsabilité n'est pas directement recherchée par la maîtrise d'ouvrage, le maître d'œuvre peut néanmoins voir sa responsabilité engagée par un autre constructeur dont la responsabilité est recherchée dans le cadre d'un appel en garantie ou d'une action récursoire fondée sur sa responsabilité quasi délictuelle – les intéressés n'ayant aucun lien contractuel entre eux – (CE, 22 novembre 1991, Société Asseco).

Dans l'arrêt du CE du 8 juin 2005, Ville de Caen c/ Dubois, la maîtrise d'œuvre a ainsi été condamnée, en raison des fautes commises dans la conception de l'ouvrage et la surveillance du chantier, à garantir l'entrepreneur d'une partie de ses condamnations au titre de la garantie de parfait achèvement.

Dans l'exercice de sa mission, notamment de direction et de contrôle des travaux, le maître d'œuvre peut également engager sa responsabilité à l'égard de l'entrepreneur.

Le maître d'œuvre a la compétence pour signer certains ordres de service, auxquels l'entrepreneur doit se conformer, même s'il émet des réserves : **si cette obligation d'exécution a été préjudiciable à l'entrepreneur**, il pourra tenter de rechercher la responsabilité du maître d'œuvre.

**Les mauvaises conditions dans lesquelles a été dirigée l'exécution des travaux publics**, ou l'allongement de la durée des travaux d'une entreprise, imputable à l'architecte (comme, d'ailleurs, au maître d'ouvrage ou à d'autres entreprises), ouvrent aussi droit à réparation.

**Le maître d'œuvre et l'économiste sont responsables des erreurs faites sur les quantitatifs**, peu importe la rédaction des CCAP ou CCTP et ce, même s'ils sont rédigés de la façon suivante : « *L'entrepreneur est réputé, avant la remise de son offre, avoir apprécié toutes les conditions d'exécution des ouvrages et s'être parfaitement et totalement rendu compte de leur nature, de leur importance et de leur particularité, avoir contrôlé toutes les indications du dossier de consultation, notamment des plans, des dessins d'exécution et du devis descriptif.* » **Une telle rédaction du CCAP ne décharge pas pour autant la responsabilité du rédacteur du quantitatif, même dans un marché au forfait**…

Tant en marchés publics qu'en marchés privés, lorsque l'économiste ou l'architecte commettent des erreurs dans la rédaction des quantitatifs, occasionnant un préjudice pour l'entreprise, les tribunaux les condamnent à indemniser presque intégralement le chef d'entreprise.

**L'économiste est condamné à payer les trois quarts de la somme réclamée par l'entreprise, augmentée des intérêts capitalisés**. Dans le cadre d'un marché privé, une entreprise exécute une plus grande quantité de travaux que celle prévue dans les pièces techniques. L'entrepreneur, pour réaliser ces travaux, s'est basé sur les quantités prévues par l'économiste et remises lors de la consultation. Il est exact que l'entreprise devait vérifier les quantités retenues par le marché, mais l'économiste avait pour mission d'établir le descriptif et de spécifier explicitement les quantités requises. Ce dernier doit donc répondre de ses erreurs. Toutefois, face à la négligence de l'entreprise, une part de responsabilité lui est imputée : la proportion est d'un quart pour l'entreprise et de trois quarts pour l'économiste (CA Rouen, 23 novembre 2005).

**L'architecte est condamné à payer la totalité des travaux supplémentaires**. L'architecte, homme de l'art, devait prendre en considération les données géologiques et avait commis une autre erreur technique. En conséquence, il est condamné à payer à l'entreprise le paiement du

surcoût des travaux supplémentaires dus à ses fautes de conception, à hauteur de 63 382 € somme réclamée par l'entreprise, augmentée des intérêts (TA Rouen, 30 juin 2005).

**L'économiste est condamné à payer les 7/8e du préjudice**. L'économiste de la construction a commis une erreur qui a occasionné un préjudice pour l'entreprise. Cependant, l'entreprise devait vérifier les quantités et voit sa responsabilité retenue pour 1/8e. L'économiste indemnise l'entreprise du reste (CA de Rouen, 19 septembre 2002).

**L'architecte est condamné à payer 80 % du coût des surfaces omises dans la DPGF figurant au DCE**. Dans le cadre d'un marché public, une entreprise a dû assumer des surcoûts de travaux, car l'imprimé de la décomposition du prix global et forfaitaire (DPGF), établi par l'architecte et figurant au dossier de consultation des entreprises (DCE), sur lequel l'entreprise avait détaillé son offre de prix, ne mentionnait que 380 $m^2$ de bardage alors que cette quantité a été portée à 674 $m^2$ en cours de chantier par une rectification de l'architecte. Pour la cour d'appel, *« cette erreur est constitutive à l'égard de la société requérante d'une faute de la SCP d'architecture qui était responsable de la constitution du dossier de consultation des entreprises »*. Toutefois, la cour considère que, conformément aux dispositions du cahier des clauses administratives particulières et du règlement de consultation, il appartient à l'entreprise titulaire de *« contrôler la cohérence des indications des documents du dossier d'appel à la concurrence… et de demander des précisions sur les quantités et leur localisation lorsque le candidat juge que des erreurs ou omissions ont été commises dans la DPGF qui méritent d'être corrigées »*. Ainsi, la société requérante *« a commis une erreur en ne vérifiant pas la cohérence des surfaces devant, selon la DPGF, recevoir un bardage, avec les indications des plans de l'architecte »*. Les torts sont donc partagés, mais le maître d'œuvre est condamné, sans qu'il soit besoin de recourir à une expertise, à verser à l'entreprise 51 396 € sur 64 245 €, soit 80 % du coût des surfaces omises dans la DPGF (CAA Lyon, 27 juin 2013, Société Bonglet).

## 5.6. Garantie de bon fonctionnement et garantie décennale

**Exclusion de la garantie de parfait achèvement**. La responsabilité du maître d'œuvre ne peut pas être engagée sur le fondement de la garantie de parfait achèvement. En effet, l'obligation de parfait achèvement ne pèse que sur les entrepreneurs.

**Garantie de bon fonctionnement**. Les vices affectant les éléments d'équipement dissociables de l'ouvrage qui présentent un mauvais fonctionnement sont susceptibles de donner lieu à l'engagement de la responsabilité des constructeurs sur le fondement des principes dont s'inspire l'article 1792-3 du Code civil dans le délai de deux ans à compter de la réception (CE, 14 mai 1990, Société CGEE Alstom). Les maîtres d'œuvre sont tenus à la garantie de bon fonctionnement dès lors qu'ils ont concouru à la conception, voire à l'installation, de l'élément d'équipement dissociable.

**Garantie décennale**. Pour les vices graves apparus postérieurement à la réception, le maître d'ouvrage peut rechercher la responsabilité des maîtres d'œuvre – à l'instar des autres constructeurs – sur le fondement des principes dont s'inspirent les articles 1792 et 2270 du Code civil relatifs à la garantie décennale (CE, Ass., 2 février 1973, Sieur Trannoy). Leur responsabilité décennale ne sera engagée que si les dommages, apparus à l'intérieur du délai de dix ans à compter de la réception des ouvrages, compromettent la solidité des ouvrages ou les rendent impropres à leur destination.

# 6. La passation des marchés de maîtrise d'œuvre

## 6.1. Le contrat de maîtrise d'œuvre d'un maître d'ouvrage privé non soumis à la loi MOP

La convention liant un maître d'ouvrage et un maître d'œuvre privés **ne fait pas l'objet d'une réglementation particulière**.

En effet, la loi MOP (12 juillet 1985), qui énonce un certain nombre de règles impératives, ne s'applique qu'en présence d'un maître d'ouvrage public et de certains maîtres d'ouvrage privés (organismes privés de sécurité sociale, organismes privés d'HLM et sociétés d'économie mixte pour les logements locatifs aidés par l'État).

En marchés privés, le contrat de maîtrise d'œuvre est donc en principe soumis aux règles du droit commun des contrats. Il peut être négocié librement ; un maître d'ouvrage peut également choisir d'organiser un concours, mode de passation courant en matière de commande publique.

Quant à la forme du contrat, elle sera de préférence écrite, même si la jurisprudence admet la validité d'accords verbaux dès lors que la preuve peut en être rapportée. Le non-respect de l'exigence d'un écrit imposée par les règles professionnelles (Code de déontologie des architectes ou Code des économistes de la construction) ne peut entraîner que des sanctions disciplinaires et ne saurait affecter la régularité de l'acte.

**Les parties définissent librement le contenu du contrat**. Elles peuvent pour cela s'appuyer sur les modèles établis par leur fédération ou ordre professionnel.

Certaines clauses méritent d'être mentionnées : outre la stipulation du prix du marché (qui pourra être forfaitaire ou unitaire), il est souhaitable de prévoir :

- une clause d'indemnisation du maître d'œuvre en cas de résiliation ; une clause relative aux droits d'auteur de l'architecte et à leur éventuelle cession au maître d'ouvrage ;
- une clause relative aux garanties et assurances (le maître d'œuvre est un constructeur au sens des articles 1792 et suivants du Code civil) ;
- et la mention d'un éventuel mandat donné au maître d'œuvre.

## 6.2. La passation d'un marché de maîtrise d'œuvre d'un maître d'ouvrage soumis à l'ordonnance de 2005 et au décret du 30 décembre 2005

L'article 41-2 du décret du 30 décembre 2005 introduit des **dispositions spécifiques à la passation des concours de maîtrise d'œuvre**.

**Les marchés de maîtrise d'œuvre ont pour objet**, en vue de la réalisation d'un ouvrage ou d'un projet urbain ou paysager, l'exécution d'un ou de plusieurs éléments de mission.

En d'autres termes, l'ensemble des marchés de maîtrise d'œuvre relèvent du champ d'application de cet article et non pas les seuls marchés relevant de la loi MOP.

Pour les marchés de maîtrise d'œuvre d'un **montant supérieur** aux seuils européens des marchés formalisés, le pouvoir adjudicateur peut recourir au **concours ou à l'appel d'offres**

ou encore, si les conditions sont remplies, **à la procédure négociée ou au dialogue compétitif**.

**Il n'y a donc aucune obligation, même en bâtiment neuf, de faire un concours de maîtrise d'œuvre**. Le maître d'ouvrage soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005 et soumis ou non à la loi MOP, qui estime inopportun de faire un concours, pourra, dès lors que les conditions sont remplies, mettre en œuvre **la procédure négociée** en s'appuyant sur l'article 33-I-2° du décret du 30 décembre 2005 et qui dispose que « *peuvent être négociés après publicité préalable et mise en concurrence :* […] *2°) les marchés de services, notamment […] les marchés de prestations intellectuelles telles que la conception d'ouvrage, lorsque la prestation de services à réaliser est d'une nature telle que les spécifications des marchés ne peuvent être établies préalablement avec une précision suffisante pour permettre le recours à l'appel d'offres.* »

Lorsque le maître d'ouvrage mettra en œuvre la procédure négociée, il ne sera pas tenu de faire appel à uu jury, et il n'y a aucune règle particulière à respecter en procédure négociée de maîtrise d'œuvre pour les maîtres d'ouvrage assujettis à l'ordonnance de 2005.

En revanche, le maître d'ouvrage soumis à la loi MOP qui décide de faire **un concours de maîtrise d'œuvre** doit mettre en œuvre la procédure édictée par les articles 41 et 41-2 du décret.

Cette procédure prévoit l'intervention d'un **jury** dans le concours restreint de maîtrise d'œuvre qui donne son avis sur les candidatures et sur les prestations. Elle prévoit également **l'obligation d'indemniser les concurrents à hauteur d'au moins 80 % des prestations remises**.

**Les critères d'évaluation des projets** mentionnés dans l'avis ou les documents de la consultation ne sont **pas obligatoirement pondérés** dans la procédure de concours (article 24 du décret du 30 décembre 2005).

Le concours est la procédure par laquelle le pouvoir adjudicateur choisit, après mise en concurrence et avis d'un jury, un plan ou un projet notamment dans le domaine de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, de l'architecture, de l'ingénierie ou des traitements de données, avant d'attribuer, à l'un des lauréats du concours, un marché.

Le concours peut être ouvert ou restreint.

Un avis de concours est publié.

**Le jury est composé** exclusivement de personnes indépendantes des participants au concours. Lorsqu'une qualification professionnelle particulière est exigée pour participer à un concours, au moins un tiers des membres du jury doit posséder cette qualification ou une qualification équivalente.

Le jury examine les plans et projets présentés par les candidats de manière anonyme et en se fondant exclusivement sur les critères indiqués dans l'avis de concours. Un premier procès-verbal, signé par ses membres, consigne son classement ainsi que ses observations et, le cas échéant, tout point nécessitant des éclaircissements.

Le cas échéant, les candidats peuvent être invités par le jury à répondre aux demandes d'**éclaircissements** que celui-ci a consignées dans le procès-verbal. Un second procès-verbal consigne ce dialogue entre les membres du jury et les candidats.

Le pouvoir adjudicateur choisit le ou les lauréats du concours.

**Les participants au concours sont indemnisés** selon des modalités prévues par le règlement du concours.

## 6.3. Les contrats de maîtrise d'œuvre d'un maître d'ouvrage soumis au Code des marchés publics

Pour une parfaite compréhension de la passation des marchés de maîtrise d'œuvre soumis au Code des marchés publics, il sera intéressant de se reporter aux articles suivants du Code des marchés publics :

- articles 24 et 25 : le jury du concours ;
- article 38 : la définition de la procédure de concours ;
- articles 37 et 69 : la conception-réalisation ;
- article 70 : le déroulement d'une procédure de concours ;
- article 73 : les contrats REM et CREM ;
- article 74 : les marchés de maîtrise d'œuvre.

D'une façon générale, en dessous des seuils européens, les marchés de maîtrise d'œuvre sont passés selon une **procédure adaptée** et, au-dessus de ces seuils, au moyen d'un concours, sous réserve d'exceptions permettant le recours à l'appel d'offres ou au marché négocié.

Les seuils s'apprécient selon les modalités de droit commun telles que définies par l'article 27 du Code des marchés publics.

### 6.3.1. La procédure adaptée

La procédure adaptée est une procédure dont les modalités sont librement fixées par le maître d'ouvrage en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances de l'achat.

Pour la détermination de ces modalités, le maître d'œuvre peut s'inspirer des procédures formalisées prévues par le Code des marchés publics, sans pour autant que les marchés en cause soient alors soumis aux règles formelles applicables à ces procédures. En revanche, s'il se réfère expressément à l'une des procédures prévues formalisées prévues par le Code, le pouvoir adjudicateur est tenu d'appliquer les modalités prévues par le Code.

Quel que soit son choix, le pouvoir adjudicateur ne peut exiger des opérateurs économiques plus de renseignements ou de documents que ceux prévus pour les procédures formalisées par les articles 45, 46 et 48 du Code des marchés publics.

L'article 74-II du Code des marchés publics pose par ailleurs le principe suivant : « *Dans le cas de marchés de maîtrise d'œuvre passés en procédure adaptée, toute remise de prestations donne lieu au versement d'une prime*. »

Il est possible d'avoir recours à un marché à procédure adaptée (MAPA) pour les marchés d'un montant inférieur aux seuils européens des marchés formalisés (CMP, art. 28 et 74).

Dans ce cas, il appartient au maître d'ouvrage de fixer lui-même un contenu de procédure permettant de constater que l'achat a été réalisé dans des conditions assurant transparence et liberté d'accès. Ce choix dépend bien évidemment de l'ouvrage à réaliser (nature, complexité, importance, enjeux, etc.).

### 6.3.2. Le concours de maîtrise d'œuvre

Le concours est la procédure par laquelle le pouvoir adjudicateur choisit, après mise en concurrence et avis du jury mentionné à l'article 24, un plan ou un projet, notamment dans le domaine de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, de l'architecture et de l'ingénierie ou des traitements de données, avant d'attribuer, à l'un des lauréats du concours, un marché (CMP, art. 38).

Le concours est obligatoire pour tous les marchés supérieurs aux seuils européens des marchés formalisés. Sauf dans les cas dérogatoires suivants :

- réutilisation ou réhabilitation d'un ouvrage existant ;
- ouvrage réalisé à titre de recherche, essai ou expérimentation ;
- marché sans mission de conception ;
- ouvrage d'infrastructure.

À noter : Dans ces quatre cas, le maître d'ouvrage peut recourir soit à la procédure négociée spécifique, soit à la procédure d'appel d'offres.

Le concours est toujours possible en dessous de ces seuils, lorsque le maître d'ouvrage le juge opportun (et dispose du financement nécessaire) et lorsque l'enjeu architectural, technique, urbain ou paysager nécessite un débat autour de plusieurs solutions.

### 6.3.3. La procédure négociée spécifique

La procédure négociée « spécifique » est une procédure par laquelle le pouvoir adjudicateur, après avis d'un jury, dresse la liste des candidats admis à négocier, dont le nombre ne peut être inférieur à trois, et engage les négociations avec ces derniers afin de choisir le titulaire du marché (CMP, art. 74-III- 4° a).

Le maître d'ouvrage peut limiter la mise en compétition à l'examen des compétences, références et moyens humains et matériels des candidats.

La procédure se déroule en deux phases : une phase de sélection de candidature sur dossier et une phase de négociation.

Il est possible de recourir à la procédure négociée spécifique pour les marchés supérieurs aux seuils européens des marchés formalisés :

**a) lorsque le concours n'est pas obligatoire**, donc dans les cas suivants :

- réutilisation ou réhabilitation d'un ouvrage existant,
- ouvrage réalisé à titre de recherche, essai ou expérimentation,
- marché sans mission de conception,
- ouvrage d'infrastructure ;

**b) et lorsque la prestation à réaliser est d'une nature telle** que les spécifications du marché ne peuvent être établies préalablement avec une précision suffisante pour permettre le recours à l'appel d'offres (CMP, art. 35-I-2).

**En dessous du seuil européen des marchés formalisés**, lorsque le maître d'ouvrage le juge opportun.

### 6.3.4. L'appel d'offres

#### *1. Définition*

L'appel d'offres est la procédure par laquelle le maître d'ouvrage choisit l'attributaire, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats (CMP, art. 33).

L'article 59 du Code des marchés publics rappelle qu'il ne peut y avoir de négociation avec les candidats. Il est seulement possible de leur demander de préciser ou compléter la teneur de leur offre. Le pouvoir adjudicateur peut procéder à une mise au point des composantes du marché avec le candidat retenu sans que ces modifications puissent remettre en cause les caractéristiques substantielles de l'offre ni le classement des offres.

#### *2. L'appel d'offres n'est pas approprié pour les marchés de maîtrise d'œuvre avec conception*

Même si le maître d'ouvrage a préalablement établi un programme et déterminé les éléments de mission qu'il confiera au maître d'œuvre, **le programme, au moment de la consultation, ne constitue pas un cahier des charges immuable**. L'article 2 de la loi MOP prévoit, en effet, que le programme peut se préciser, voire son élaboration se poursuivre, pendant les études d'avant-projet (opérations de réutilisation et de réhabilitation d'un ouvrage existant, réalisation d'ouvrages neufs complexes si le maître d'ouvrage l'annonce dans l'avis d'appel public à la concurrence).

**L'offre ne peut être finalisée et définitive** qu'en phase d'avant-projet, c'est-à-dire **après la signature du marché de maîtrise d'œuvre, et donc après le commencement de la mission et la remise des premiers éléments** de cette mission (art. 29 et 30 du décret « Missions »). L'article 19-III du Code des marchés publics rappelle que les marchés de maîtrise d'œuvre sont passés à prix provisoire. Au moment de la signature du marché, ses spécifications ne sont donc pas suffisamment précises pour permettre le recours à l'appel d'offres.

D'ailleurs, l'article 35-I-2 du Code des marchés publics le confirme en précisant que les marchés qui comportent une phase de conception peuvent être passés sous la forme négociée, leurs spécifications ne pouvant être établies avec une précision suffisante.

**À noter toutefois : l'appel d'offres peut être utilisé pour certains types de marchés, sans conception**, et pour lesquels les offres peuvent être objectivement comparées comme l'OPC. Dans ce cas, il est recommandé de faire un appel d'offres restreint. La commission d'appel d'offres (CAO) est composée comme un jury avec un tiers de maîtres d'œuvre (CMP, art. 24).

### En résumé

**Pour les pouvoirs adjudicateurs relevant du Code des marchés publics** :

- possibilité de marché en procédure adaptée en dessous des seuils européens ;
- au-dessus de ces seuils, concours obligatoire pour les bâtiments neufs, procédure négociée spécifique si les conditions de l'article 35-I-2° sont remplies, ou procédure d'appel d'offres.

**Pour les pouvoirs adjudicateurs relevant de l'ordonnance du 6 juin 2005** :

- possibilité de **procédure librement définie** par le pouvoir adjudicateur en dessous des seuils européens ;
- au-dessus de ces seuils, concours **facultatif**, procédure négociée si les conditions de l'article 33-I-2° sont remplies, ou procédure d'appel d'offres.

**Pour en savoir plus** : site de la Mission interministérielle pour la qualité des constructions publiques : www.archi.fr/MIQCP/

3

# Le coordonnateur sécurité et protection de la santé

## 1. Champ d'application et généralités

Depuis le 1er janvier 1996, sur tout **chantier clos et indépendant** de bâtiment ou de génie civil sur lequel sont appelées à intervenir au **moins deux entreprises** (ou travailleurs indépendants) et pour lequel existent des **risques liés à la coactivité**, le maître d'ouvrage doit désigner, dès la phase de conception de l'ouvrage, un coordonnateur sécurité et protection de la santé (SPS).

La coexistence de deux entreprises sur un programme de travaux est une condition nécessaire pour déclencher l'obligation de coordination ; elle n'est pas suffisante lorsqu'il n'y a pas de risques liés à la coactivité.

### 1.1. Espaces clos et indépendants

Il s'agit de **lieux clos où l'ensemble des travaux réalisés dans le cadre de l'opération de BTP peuvent être matériellement isolés**.

Exemples :

- construction d'un bâtiment sur un site qui peut être clôturé ;
- réhabilitation d'un bâtiment vide d'occupants et dont l'accès est limité aux seuls ouvriers du chantier ;
- travaux de démolition d'un site parfaitement isolé.

Lorsque **les lieux où se déroulent les travaux ne peuvent pas être clos**, la réglementation applicable est celle du **décret du 20 février 1992** visant les travaux réalisés par des entreprises

de bâtiment (appelées « entreprises extérieures ») au sein d'entreprises en activité (appelées « entreprises utilisatrices »).

Exemples :

- réaménagement de sites industriels ou commerciaux alors que les sites restent en exploitation ;
- extension de locaux dans un site sanitaire et social occupé.

Dans ces cas, le risque d'exploitation est principal alors que le risque de coactivité est accessoire.

## 1.2. Plusieurs entreprises

La loi du 31 décembre 1993 a repris *in extenso* le terme « plusieurs » de la directive européenne n° 92/57 CEE du 24 juin 1992 – **donc au moins deux entreprises** sur un même chantier – et n'a fixé aucun seuil pour la mise en œuvre de la coordination SPS.

Le terme « entreprises » recouvre **toute entité qui participe à l'acte de construire**, à la différence des simples fournisseurs, loueurs ou visiteurs qui sont amenés à circuler sur le chantier. Cette acception comprend, au sens de la loi, les **travailleurs indépendants** et les **sous-traitants**.

## 1.3. Risque de coactivité

La coactivité résulte de l'activité d'au moins deux entreprises effectuant des travaux dans le cadre d'un même chantier pour concourir à un même objectif ou à un objectif commun. Cette notion est différente de celle de simple coexistence.

Il convient, en effet, d'éviter toute confusion entre « coexistence d'entreprises » et « risque de coactivité » résultant de la présence simultanée ou successive d'entreprises.

La coexistence d'entreprises est une condition nécessaire à la mise en œuvre de la coordination SPS, mais pas suffisante, car elle ne crée pas *ipso facto* de risque de coactivité, notamment dans les opérations simples d'un faible montant.

Exemples :

- au moins deux entreprises peuvent coexister sur un site de logements pour réaliser des travaux d'entretien et de rénovation sans générer de risques de coactivité ;
- deux entreprises peuvent intervenir successivement sur un site sans que l'on puisse identifier de risques de coactivité.

*À retenir*

L'addition des trois critères d'application (au moins deux entreprises, espace clos et indépendant et existence de risques de coactivité) est nécessaire pour déclencher la mise en œuvre de la coordination et justifier la désignation d'un coordonnateur.

## 1.4. Le dispositif légal et réglementaire

### 1.4.1. Les textes

- Loi du 31 décembre 1993 n° 93-1418, dite « chantiers temporaires et mobiles ».
- Décret du 26 décembre 1994 n° 94-1159 relatif à l'intégration de la sécurité et à l'organisation de la coordination en matière de sécurité et de protection de la santé lors des opérations de bâtiment ou de génie civil.
- Décret du 4 mai 1995 n° 95-543 relatif au collège interentreprises de santé, de sécurité et des conditions de travail.
- Décret du 6 mai 1995 n° 95-607 relatif aux prescriptions réglementaires applicables aux travailleurs indépendants.
- Décret du 6 mai 1995 n° 95-608 modifiant les dispositions réglementaires applicables aux travailleurs indépendants.
- Décret n° 2003-68 du 24 janvier 2003, apportant des modifications et précisions destinées à améliorer les conditions de mise en œuvre de la coordination.
- Arrêté du 7 mars 1995 relatif au contenu de la déclaration préalable.
- Arrêté du 7 mars 1995 fixant le contenu des formations de coordonnateurs et de formateurs de coordonnateurs.
- Arrêté du 25 février 2003 fixant la liste des travaux présentant des risques particuliers.

Pour en savoir plus : **circulaire du ministère du Travail du 10 avril 1996** (*Le Moniteur* du 19 avril 1996).

- Code du travail :
  - articles L. 4121-2, L. 4531-1 à L. 4532-18 et L. 4535-1 ;
  - articles R. 4532-1 à R. 4533-7.

### 1.4.2. La notion de travaux de bâtiment et de génie civil

Si la notion de bâtiment est généralement connue, celle de travaux de génie civil est plus complexe.

Ainsi, et très concrètement, sont visés :

- **s'agissant des travaux de bâtiment** :
  - les travaux de terrassement,
  - les travaux de construction,
  - les travaux d'installation,
  - les travaux de démolition,
  - les travaux d'entretien et de rénovation qualifiés de « structurants » ;
- **s'agissant des travaux de génie civil** :
  - les travaux de génie civil industriel,
  - les travaux sur les ouvrages d'art,
  - les travaux sur les routes et les autoroutes,
  - les travaux sur les voies ferrées,
  - les travaux sur les réseaux d'eau,

– les travaux de voirie et de réseaux divers,
– les travaux dans les stades et les piscines,
– les travaux d'entretien et de rénovation qualifiés de « lourds ».

### 1.4.3. Les sanctions pénales

| Amende | Maître d'ouvrage | Entrepreneur |
|---|---|---|
| 4 500 € | N'a pas adressé de déclaration préalable | |
| 9 000 € | – Si récidive | |
| | – N'a pas désigné de coordonnateur<br>– N'a pas assuré au coordonnateur l'autorité et les moyens nécessaires à sa mission<br>– A désigné un coordonnateur ne répondant pas aux conditions requises (expériences et formation)<br>– N'a pas fait constituer le DIU sur l'ouvrage | – N'a pas remis au maître d'ouvrage ou au coordinateur son plan particulier de sécurité |
| 15 000 € et/ou un an de prison | – Si récidive | – Si récidive |

**Lexique**

PGC : plan général de coordination

PPSPS : plan particulier de sécurité et de protection de la santé

RJ : registre journal

DIUO : dossier d'intervention ultérieure sur l'ouvrage

CISSCT : collège interentreprises de sécurité, de santé et des conditions de travail

VRD : voies et réseaux divers

OPPBTP : Office professionnel de prévention du bâtiment et des travaux publics.

## 1.5. Les trois catégories d'opérations SPS

### 1.5.1. Les opérations de catégorie III

Il s'agit de chantiers :

- ne relevant ni de la catégorie I ni de la catégorie II ;

et

- des chantiers soumis à l'obligation d'établir des PGC et PPSPS « simplifiés » en raison de la présence de travaux présentant des risques particuliers.

Aucun seuil minimum n'est fixé par la réglementation. Toutefois, un coordonnateur ne sera désigné que s'il apparaît que la coactivité génère des risques.

Ce sont quantitativement les opérations les plus nombreuses. Pour ces chantiers, les contraintes en matière de coordination sont allégées.

Il s'agira uniquement :

- d'appliquer des principes généraux de prévention (éviter les risques, évaluer les risques qui ne peuvent pas être évités, combattre les risques à la source, tenir compte de l'état d'évolution de la technique, remplacer ce qui est dangereux par ce qui n'est pas dangereux ou par ce qui est moins dangereux, planifier la prévention) en y intégrant, dans un ensemble cohérent, la technique, l'organisation du travail, les conditions de travail, les relations sociales et l'influence des facteurs ambiants, prendre des mesures de protection collective en leur donnant la priorité sur les mesures de protection individuelle ;
- de rédiger le registre journal (RJ) ;
- de rédiger le dossier d'intervention ultérieure sur l'ouvrage (DIUO).

### 1.5.2. Les opérations de catégorie II

Il s'agit de chantiers dont les **opérations sont soumises à déclaration préalable**, c'est-à-dire les chantiers d'un volume supérieur à 500 hommes/jour (3 500 heures de travail), ou les opérations dont l'effectif prévisible doit dépasser à un moment donné 20 travailleurs et dont la durée doit excéder 30 jours ouvrés.

*Exemple :* 25 jours à 20 personnes = 500 hommes/jour
4 jours à 10 personnes = 40
Total 540 hommes/jour

C'est à ce stade que commence la coordination lourde.

Il s'agira de respecter les contraintes imposées aux opérations de niveau III (principes généraux de prévention, RJ et DIUO) et de remplir celles spécifiques aux opérations de niveau II :

- déclaration préalable du maître d'ouvrage ;
- élaboration d'un plan général de coordination (PGC) par le coordonnateur ;
- élaboration de plans particuliers par les entreprises (PPSPS).

Les opérations de niveau II se scindent en deux sous-catégories : les opérations d'un montant < 760 000 € et les opérations d'un montant > 760 000 € pour lesquelles les VRD doivent être mis en œuvre avant l'intervention des entreprises sur le chantier.

Un coordonnateur de niveau II est apte à coordonner des opérations de niveau II ou de niveau III.

### 1.5.3. Les opérations de catégorie I

Il s'agit de chantiers dont le volume est > 10 000 hommes/jour (soit l'équivalent de 75 000 heures de travail) et où sont présentes au moins dix entreprises, s'il s'agit d'une opération de bâtiment, ou au moins cinq entreprises, s'il s'agit d'une opération de génie civil.

Par « entreprise », il faut comprendre aussi les travailleurs indépendants et les sous-traitants.

La seule obligation supplémentaire, par rapport aux obligations des opérations de niveau II, est la constitution du collège interentreprises de sécurité, de santé et des conditions de travail (CISSCT).

Un coordonnateur de niveau I est apte à coordonner toutes les opérations.

# 2. Les obligations des intervenants à l'acte de construire en matière de sécurité et de protection de la santé

## 2.1. Le coordonnateur SPS

C'est la pièce maîtresse du dispositif.

### 2.1.1. Qui désigne le coordonnateur ?

C'est le maître d'ouvrage.

Deux exceptions cependant :

- pour les communes ou groupements de communes de moins de 5 000 habitants : le maître d'ouvrage peut déléguer la désignation du coordonnateur au maître d'œuvre ;
- pour les particuliers construisant pour leur usage personnel : désignation automatique du coordonnateur par les textes.

Pour les opérations menées par des particuliers pour leur usage personnel ou celui de leurs ayants droit, se reporter au point 5 de ce chapitre.

### 2.1.2. Qui peut être désigné par le maître d'ouvrage ?

Une personne physique ou une personne morale remplissant les conditions requises et désignant une personne physique compétente.

### 2.1.3. Qui peut exercer la mission ?

Seule peut exercer la mission de coordonnateur SPS une personne physique (travailleur indépendant, salarié d'une entreprise ou salarié du maître d'ouvrage) justifiant d'une expérience professionnelle de trois à cinq ans.

Selon la catégorie du chantier à coordonner, cette expérience sera :

- en architecture, ingénierie ou maîtrise d'œuvre, pour le coordonnateur de la phase conception étude ;
- en matière de contrôle des travaux, d'ordonnancement, de pilotage et de conduite des travaux, de maîtrise de chantier ou de fonction d'agent en matière de sécurité, pour le coordonnateur de la phase réalisation de l'ouvrage ;
- une formation spécifique correspondant au niveau de compétence fixé selon la catégorie de chantier à coordonner et renouvelée tous les cinq ans.

### 2.1.4. Le cadre d'intervention du coordonnateur SPS

La mission de coordination est contractuelle et doit être rémunérée distinctement.

Le coordonnateur agit sous :

- l'autorité du maître d'ouvrage ;
- la responsabilité du maître d'ouvrage.

Le coordonnateur ne peut ni ne doit en sortir.

Le coordonnateur ne peut intervenir que dans le cadre :

- de la coactivité, c'est-à-dire lorsque les problèmes sont communs à plusieurs intervenants et qu'il y a des risques importés ou exportés par les entreprises intervenantes ;
- de l'existence d'un ou plusieurs travaux présentant des risques particuliers sur les chantiers de catégorie III ;
- de l'entretien ultérieur du bâtiment, c'est-à-dire qu'il doit prévoir les aménagements nécessaires pour faciliter les opérations d'entretien et de maintenance et conserver les renseignements relatifs à ces aménagements dans le dossier d'intervention ultérieure sur l'ouvrage.

### 2.1.5. Contenu de la mission du coordonnateur

Dans tous les cas, le coordonnateur doit veiller à ce que les principes généraux de prévention soient pris en compte tout au long de l'opération.

**Le coordonnateur conception étude doit :**

- élaborer le plan général de coordination (PGC) ;
- constituer le dossier d'intervention ultérieure sur l'ouvrage (DIUO) ;
- ouvrir le registre journal (RJ) de la coordination ;
- définir les sujétions afférentes à la mise en place et à l'utilisation des protections collectives, des appareils de levage, des accès provisoires, des installations générales, des installations électriques ;
- mentionner, dans les pièces écrites, la répartition des sujétions entre les différents corps d'état ou de métier qui auront à intervenir sur le chantier ;
- assurer le passage des consignes et la transmission du PGC, ainsi que du DIUO et du RJ, au coordonnateur réalisation lorsque celui-ci est différent.

**Le coordonnateur réalisation de l'ouvrage doit :**

- organiser entre les différentes entreprises (y compris sous-traitantes) :
  - la coordination de leurs activités simultanées ou successives,
  - les modalités de leur utilisation en commun des installations, des matériels,
  - leur information mutuelle et l'échange entre elles des consignes en matière de sécurité ;
- accueillir chaque entreprise et procéder préalablement à son intervention (et avant remise du PPSPS lorsqu'il y a lieu d'en établir un) à une inspection commune, au cours de laquelle sont précisées toutes les consignes à observer ou à transmettre ;
- veiller à l'application correcte des mesures de coordination définies ;
- tenir à jour le PGC ;
- compléter le DIUO ;
- présider le CISSCT ;
- prendre les dispositions nécessaires pour que seules les personnes habilitées puissent accéder au chantier.

**Et, bien sûr, on attend du coordonnateur compétent qu'il organise :**

- les accès provisoires de chantier afin d'éviter que les salariés pataugent dans vingt centimètres de boue avant d'accéder à leur poste de travail et s'exposent au risque de chute de plain-pied ;
- les voies de circulation afin de permettre, par exemple, l'accès des plates-formes élévatrices en toute sécurité ;
- les hébergements de chantier ;
- les circulations verticales (et notamment, quand c'est possible, l'utilisation en phase de second œuvre des ascenseurs définitifs pour réduire les manutentions) et horizontales ;
- les échanges d'informations utiles entre les entreprises intervenantes, lors de la visite d'inspection commune ;
- les implantations des appareils de levage afin d'éviter les litiges de survol et d'interférence de flèches.

### 2.1.6. Les pouvoirs du coordonnateur

Le coordonnateur ne détient aucun pouvoir spécifique attaché à sa fonction. Il n'a pas de lien contractuel avec les entreprises et il est sous l'autorité et sous la responsabilité du maître d'ouvrage.

Le maître d'ouvrage ne peut se libérer de ses obligations en matière de mise en œuvre de la politique de sécurité et de protection de la santé en déléguant ses pouvoirs au coordonnateur.

Seul le maître d'ouvrage a autorité sur les entreprises dans la limite de leur engagement contractuel réciproque.

**En conséquence :**

Le coordonnateur ne peut pas arrêter des travaux et encore moins arrêter le chantier, sauf en cas de danger grave et imminent (tel que danger d'explosion, de chute, d'incendie, d'asphyxie, d'électrocution) constaté lors d'un de ses passages, et à condition que le maître d'ouvrage ait fait mention expresse de cette possibilité dans son contrat.

Le coordonnateur ne peut pas décider de l'application de pénalités. En effet, les pénalités ne peuvent être appliquées que si elles sont prévues contractuellement.

Seul le maître d'ouvrage peut mettre en application les sanctions contractuelles.

Le coordonnateur ne peut pas intervenir auprès du maître d'œuvre pour bloquer la situation de travaux d'une entreprise avec laquelle il est en conflit. C'est au maître d'ouvrage d'intervenir (par exemple, après observations au RJ non suivies de réponses motivées ou de réalisations).

## 2.2. Les obligations du maître d'ouvrage

### 2.2.1. Les obligations de faire

Les obligations du maître d'ouvrage en matière de sécurité et de protection de la santé peuvent être regroupées en six grands points.

***1. Respecter les principes généraux de prévention***

Mettre en œuvre, au cours des phases conception, étude, élaboration du projet et réalisation de l'ouvrage, les principes généraux de prévention suivants :

- éviter les risques ;
- évaluer les risques qui ne peuvent pas être évités ;
- combattre les risques à la source ;
- tenir compte de l'état d'évolution de la technique ;
- remplacer ce qui est dangereux par ce qui n'est pas dangereux ou par ce qui est moins dangereux ;
- planifier la prévention en y intégrant, dans un ensemble cohérent, la technique, l'organisation du travail, les conditions de travail, les relations sociales et l'influence des facteurs ambiants ;
- prendre des mesures de protection collective en leur donnant la priorité sur les mesures de protection individuelle.

Prendre en compte ces principes de prévention lors de choix architecturaux et techniques ainsi que dans l'organisation du chantier.

En cas de non-respect de ces obligations, l'inspecteur du travail peut saisir le juge des référés pour voir ordonnées toutes mesures propres à faire cesser le risque d'atteinte à l'intégrité physique d'un intervenant sur le chantier.

***2. Déclarer l'opération à réaliser***

Il s'agit de la déclaration préalable.

Pour les chantiers de catégorie I et II, le maître d'ouvrage doit adresser une déclaration préalable à :

- l'inspecteur du travail ;
- la Caisse régionale d'assurance maladie ;
- l'OPPBTP,

soit trente jours avant le début des travaux s'il n'y a pas de permis de construire, soit au moment du dépôt de la demande de permis de construire.

Le contenu de la déclaration préalable a été fixé par l'arrêté du 7 mars 1995.

***3. Organiser la coordination***

Le maître d'ouvrage doit désigner un coordonnateur compétent.

Cette désignation doit intervenir :

- **dès le début de la phase d'élaboration de l'avant-projet sommaire** pour les chantiers soumis au Code des marchés publics ou de la phase équivalente pour les marchés privés ;
- **avant le lancement de la consultation des entreprises**, lorsque le coordonnateur de la phase de réalisation est différent du coordonnateur de la phase de conception.

La désignation tardive du coordonnateur de conception et du coordonnateur de réalisation, qui intervenait dans le texte d'origine « avant le début de la phase de préparation du chantier » mais souvent après le lancement de la consultation des entreprises, avait été dénoncée par les entreprises et par les organismes de prévention.

Le maître d'ouvrage doit donner au coordonnateur désigné l'autorité et les moyens indispensables à l'exercice de sa mission.

Afin de permettre à l'Administration de vérifier les moyens octroyés par le maître d'ouvrage au coordonnateur, notamment en matière de temps passé à l'exercice de la mission, les textes exigent un contrat écrit entre le maître d'ouvrage et le coordonnateur et fixent le contenu de ce contrat écrit.

**Le contrat du coordonnateur** doit définir clairement :

- le contenu de la mission du coordonnateur ;
- les moyens, notamment financiers, que le maître d'ouvrage met à la disposition du coordonnateur ;
- les obligations du coordonnateur, notamment les modalités de sa présence aux réunions lors de la phase de conception, d'étude et d'élaboration du projet ainsi qu'aux réunions de chantier pendant la phase de réalisation de l'ouvrage ;
- l'autorité conférée au coordonnateur vis-à-vis de l'ensemble des intervenants sur chantier.

> *À noter*
>
> Ces exigences introduites par le décret du 24 janvier 2003 devraient mettre fin au coordonnateur « fantôme » pendant la phase conception et/ou réalisation, et permettre de responsabiliser coordonnateurs et maîtres d'ouvrage dans le déroulement de la mission.

#### *4. Intégrer la sécurité dans les ouvrages*

Le maître d'ouvrage doit faire établir et compléter par le coordonnateur le DIUO.

#### *5. Constituer le collège interentreprises de sécurité, de santé et des conditions de travail (CISSCT)*

Le CISSCT doit être mis en place sur les chantiers de catégorie I. La constitution devra être effective vingt et un jours avant le début effectif des travaux.

#### *6. Réaliser les voies d'accès et prévoir le raccordement aux réseaux eau-électricité*

Cette obligation ne concerne que les chantiers d'un montant supérieur à 760 000 €, sauf dérogation.

À ce titre, le maître d'ouvrage doit à l'entrepreneur :

- voies d'accès au chantier pour véhicules et piétons ;
- raccordement à un réseau d'eau potable ;
- raccordement à un réseau d'évacuation des matières usées ;
- raccordement à un réseau de distribution électrique.

La responsabilisation des maîtres d'ouvrage est un acquis important de la loi du 31 décembre 1993. Elle situe les responsabilités essentielles en matière de prévention et de sécurité à leur véritable niveau : celui du client qui fixe les contraintes de prix et de délais, qui sont à l'origine de bien des infractions aux règles d'hygiène et de sécurité.

À noter : Le financement et le maintien en état de ces « VRD » sont à la charge du maître d'ouvrage, qui ne peut imputer leur financement aux entreprises, sauf en ce qui concerne les charges inhérentes aux produits consommables (eau, énergie).

**Sanction :** amende de 22 500 €, portée à 45 000 € en cas de récidive, plus arrêt des travaux jusqu'à réalisation des VRD.

## 2.2.2. Les obligations de « faire faire »

***1. Faire établir le plan général de coordination (PGC) par le coordonnateur***

Le PGC doit être établi dès la phase de conception, d'étude et d'élaboration du projet pour les chantiers :

- des catégories I et II ;
- et pour les chantiers de la catégorie III sur lesquels doivent être exécutés des travaux présentant des risques particuliers.

> *À noter*
>
> Le PGC est obligatoirement joint aux documents remis par le maître d'ouvrage aux entreprises qui envisagent de contracter.

Le PGC n'est pas un document contractuel qui peut à lui seul imposer des sujétions aux entreprises. Le Code du travail est tout à fait clair sur ce point. Les sujétions relatives à la mise en place et à l'utilisation des protections collectives, des appareils de levage, des accès provisoires et des installations générales (notamment les installations électriques) doivent être définies en phase de conception étude par le coordonnateur qui doit mentionner dans les pièces écrites leur répartition entre les différents corps d'état qui auront à intervenir.

Les sujétions découlant de l'observation d'un PGC rédigé après le début des travaux sont réglées, le cas échéant, par voie d'avenants aux différents contrats passés avec les entreprises chargées de l'exécution des travaux.

Les sujétions du PGC doivent donc être contractualisées pour être opposables aux entreprises.

***2. Faire ouvrir le registre journal (RJ) de la coordination***

Le RJ doit être ouvert dès la signature du contrat du coordonnateur. C'est un outil de communication pour toutes les mesures relatives à la coordination.

C'est un document **contradictoire**, et toutes les observations ou notifications du coordonnateur à un intervenant doivent être **datées** et **contresignées** par l'intervenant concerné (ce qui prouve que l'intervenant a eu connaissance de l'information), et suivies d'une réponse écrite de cet intervenant.

Les remarques du coordonnateur mentionnées au RJ peuvent engager, si elles sont justifiées, la responsabilité de l'entreprise. Il est donc nécessaire que la personne de l'entreprise habilitée à signer le RJ soit nommément définie et apte à régler le problème ou à en référer à qui de droit. Toute observation écrite par le coordonnateur sur le RJ doit faire l'objet d'une réponse écrite de l'entreprise.

***3. Faire constituer le dossier d'intervention ultérieure sur l'ouvrage (DIUO)***

Le DIUO est un dossier comportant des plans, notes techniques et notices de nature à faciliter la prévention des risques professionnels lors d'interventions ultérieures (au sens de travaux normalement prévisibles pour maintenir l'ouvrage en bon état).

C'est en quelque sorte un guide d'entretien du bâtiment.

Le DIUO est constitué dès la phase de conception.

La liste des documents que l'entrepreneur devra éventuellement fournir pour le DIUO doit figurer dans les pièces contractuelles du marché, car la constitution du DIUO incombe entièrement au coordonnateur, qui doit demander au maître d'œuvre les pièces du dossier de récolement nécessaires.

## 2.3. Les obligations des entreprises

Les entreprises ont quelques obligations spécifiques liées à la coordination SPS, mais l'essentiel de leurs obligations en matière de santé et de sécurité reste directement lié à leur évaluation des risques et à leur obligation générale de sécurité. On compte quatre grandes obligations pour les entreprises.

### 2.3.1. Élaborer le PPSPS lorsqu'il est requis

Le PPSPS (plan particulier de sécurité et de protection de la santé) doit être rédigé :

- lorsque les entreprises interviennent sur un chantier soumis à un plan général de coordination de sécurité et de santé (PGC), c'est-à-dire sur les chantiers de catégories I et II ainsi que sur les chantiers de catégorie III où sont exécutés des travaux présentant des risques particuliers ;
- ou lorsqu'une entreprise intervient seule sur un chantier pour exécuter des travaux d'une durée supérieure à un an et nécessitant à un moment quelconque plus de cinquante salariés. Il doit être remis avant le début des travaux au coordonnateur ou au maître d'ouvrage (pour l'entreprise exécutant seule des travaux importants).

*À noter*

L'entreprise principale ne peut et ne doit établir un PPSPS que si elle a eu connaissance du PGC établi par le coordonnateur.
L'entreprise sous-traitante ne peut et ne doit établir un PPSPS que si elle a eu connaissance du PGC et du PPSPS de l'entrepreneur principal.

*Attention*

L'entreprise doit disposer de **trente jours**, à compter de la réception du contrat signé par le maître d'ouvrage, pour établir son PPSPS.

S'il s'agit d'un sous-traitant, celui-ci doit également disposer de **trente jours**, décomptés à partir de la réception du contrat de sous-traitance. Ce délai est ramené à **huit jours** si le sous-traitant réalise des travaux de second œuvre ou des travaux accessoires à condition que ces travaux ne figurent pas sur la liste des travaux présentant des risques particuliers.

Le PPSPS doit être tenu à jour en permanence sur le chantier et conservé pendant cinq ans à compter de la réception de l'ouvrage.

### 2.3.2. Respecter les mesures générales de prévention applicables à la profession du bâtiment

Cela concerne notamment :

- le décret du 8 janvier 1965 ;
- la législation sur les produits et substances dangereux ;

- les prescriptions relatives aux équipements de travail et moyens de protection ;
- la prévention des chutes de hauteur.

#### 2.3.3. Participer aux réunions et travaux du CISSCT lorsqu'il existe

Cette obligation consiste à communiquer au coordonnateur, avant la première réunion du collège, le nom des deux représentants de l'entreprise :

- le chef d'entreprise ou son représentant ;
- un salarié employé sur le chantier (soit désigné par le CHSCT ou les délégués du personnel lorsqu'ils existent, soit choisi parmi les membres de l'équipe) ;
- et à assister aux réunions du CISSCT.

#### 2.3.4. Informer les sous-traitants sur les obligations liées à la coordination SPS

Ces obligations portent notamment sur : l'existence et le contenu du PGC, l'obligation de rédiger un PPSPS, l'obligation de participer au CISSCT lorsqu'il existe, les mesures d'organisation générale retenues pour la partie du chantier à réaliser. Le sous-traitant doit disposer de toutes les informations nécessaires pour rédiger le PPSPS et d'un délai, à compter de la réception du contrat signé par l'entrepreneur, de :

- trente jours pour les travaux de gros œuvre ou présentant des risques particuliers ;
- huit jours pour les travaux de second œuvre.

# 3. Les documents et le CISSCT

## 3.1. Le plan général de coordination santé et sécurité (PGC)

Le PGC est le véritable outil de la coordination.

C'est le maître d'ouvrage qui le fait établir et le coordonnateur qui le rédige, dès la phase conception étude.

**Un PGC doit être établi** lorsque deux entreprises ou plus doivent intervenir sur un chantier

- soumis à déclaration préalable
- ou nécessitant des travaux présentant des risques particuliers.

Le PGC est un document écrit qui définit l'ensemble des mesures que devront prendre les entreprises pour prévenir les risques découlant de l'interférence ou de la succession de leurs activités, et améliorer les conditions de travail.

**Le PGC doit être remis** :

- aux entreprises : il est joint aux autres documents remis par le maître d'ouvrage aux entrepreneurs qui envisagent de contracter ;
- à la DDTE, à la Caisse régionale d'assurance maladie, à l'OPPBTP : le maître d'ouvrage le leur adresse, à leur demande, dès la phase de consultation des entreprises.

Peuvent le consulter sur le chantier :

- le médecin du travail ;
- les membres des CHSCT (ou, à défaut, les délégués du personnel appelés à intervenir sur le chantier) ;
- les membres du CISSCT.

**Un PGC doit mentionner** : les renseignements administratifs concernant le chantier, les mesures d'organisation générale du chantier arrêtées par le maître d'œuvre en concertation avec le coordonnateur, les sujétions découlant des interférences avec des activités d'exploitation sur le site à l'intérieur ou à proximité du chantier (EDF, GDF, SNCF, Compagnie des eaux), les mesures générales pour assurer le maintien du chantier en bon ordre et en état de salubrité satisfaisant (VRD préalables et installations sanitaires), les renseignements pratiques sur l'organisation des secours et l'évacuation des personnels, les modalités de coopération entre les entrepreneurs, employeurs ou travailleurs indépendants, la mission du CISSCT lorsqu'il existe.

De plus, le PGC, tenu sur le chantier, est complété et adapté en fonction de l'évolution du chantier ; il intègre notamment, en les harmonisant, les PPSPS des entreprises. Le PGC permettra aux entrepreneurs d'avoir connaissance de l'ensemble des mesures prévues par le coordonnateur pour résoudre les problèmes liés aux interférences des activités sur le chantier. Il permet d'éviter ainsi bon nombre de moments perdus en raison des difficultés d'approvisionnement, de l'absence de protections collectives, de l'indisponibilité des appareils de levage, etc.

**Le PGC est conservé par le maître d'ouvrage** pendant cinq ans à compter de la réception de l'ouvrage.

## 3.2. Le plan particulier de sécurité et de protection de la santé (PPSPS)

**Les entreprises sont amenées à rédiger un PPSPS** dans trois cas de figure :

- une entreprise exécute seule des travaux d'une durée de plus d'un an et emploie à un moment quelconque plus de cinquante salariés ;
- les entreprises et les sous-traitants sont appelés à intervenir sur un chantier de catégorie I et II ;
- ou sur un chantier de catégorie III où sont exécutés des travaux comportant des risques particuliers.

> *Attention*
>
> Pour rédiger un PPSPS, l'entreprise doit avoir eu, avec les documents contractuels du marché, un PGC.

Un maître d'ouvrage et/ou un coordonnateur ne sont pas en droit de réclamer un PPSPS aux entreprises s'ils n'ont pas respecté leurs propres obligations, à savoir : évaluer les risques de coactivité, arrêter les mesures d'organisation adéquates pour les éviter et transmettre ces éléments aux entreprises exécutantes par le biais des contrats d'entreprise et d'un PGC joint aux documents contractuels.

Il ne peut y avoir de modèle type de PPSPS, car si les risques liés aux modes opératoires standard de l'entreprise sont quasiment invariables, ce n'est pas le cas des risques liés à la coactivité (risques exportés et risques importés).

De plus, il convient de faire très attention aux PPSPS « copiés-collés » qui ne répondent pas à la réalité des chantiers ; ils mettent gravement en cause la responsabilité juridique (civile et pénale) des employeurs en cas d'accident du travail.

S'il ne peut y avoir de modèle type, il est possible de donner un aperçu des rubriques qui doivent se retrouver dans les PPSPS.

Pour les chantiers de catégorie I et II, les différentes rubriques du PPSPS concernent :

- les renseignements administratifs ;
- la prévention des risques liés aux modes opératoires de l'entreprise ;
- les risques susceptibles d'être exportés vers d'autres entreprises ;
- la prévention des risques importés par l'environnement et/ou les autres entreprises ;
- l'organisation des premiers secours en cas d'accident.

Concernant les chantiers de catégorie III, ce sont de petits chantiers, dispensés de la rédaction des plans de prévention (PGC et PPSPS), sauf lorsque doivent s'y dérouler des travaux présentant des risques particuliers.

La réglementation a prévu pour cette catégorie de chantiers des procédures et documents « allégés ».

Tout d'abord, seules les entreprises amenées à exécuter l'un des travaux de la liste devront rédiger un PPSPS.

Par ailleurs, les rubriques du PPSPS « simplifié » se limitent aux conditions d'exécution des travaux présentant des risques particuliers.

**Le PPSPS « simplifié » doit** :

- analyser les risques particuliers présentés par les travaux à réaliser ;
- décrire les modes opératoires ;
- énoncer les consignes à respecter par les salariés appelés à exécuter les travaux.

Le PPSPS « simplifié » est soumis aux mêmes règles que le PPSPS, notamment :

- délai de trente jours à compter de la signature du contrat pour le rédiger et le transmettre au coordonnateur ;
- mise à jour ;
- transmission, avec le PGC « simplifié », aux sous-traitants ;
- tenue en permanence sur le chantier à la disposition des partenaires prévention ;
- conservation pendant cinq ans.

**Le PPSPS doit être remis** :

- au maître d'ouvrage pour l'entreprise qui exécute seule des travaux importants ;
- au coordonnateur pour l'entrepreneur appelé à intervenir sur un chantier soumis à déclaration préalable et coordination.

Le plan ne sera adressé à l'OPPBTP et à la CRAM que pour ce qui concerne le gros œuvre ou le lot principal, et les travaux présentant des risques particuliers. Dans les autres cas, il sera tenu sur le chantier.

L'entrepreneur tient disponible en permanence sur le chantier un exemplaire à jour du PPSPS. Cet exemplaire (ainsi que les avis du médecin du travail, du CHSCT ou des délégués du personnel) peut être consulté par :

- les membres du CISSCT ;
- les membres du CHSCT ;
- le médecin du travail ;
- les agents de l'OPPBTP ;
- les agents de la CRAM ;
- l'inspecteur du travail.

**Le PPSPS est conservé par l'entrepreneur** pendant cinq ans à compter de la réception de l'ouvrage.

## 3.3. Le registre journal (RJ)

Créé par le décret du 26 décembre 1994 relatif à l'intégration de la sécurité et à l'organisation de la coordination, le RJ doit permettre au coordonnateur de garder trace des événements liés à la coordination (observations, consignes, incidents…).

C'est le coordonnateur de la phase conception étude qui le rédige, dès sa désignation par le maître d'ouvrage.

Le RJ doit mentionner :

- les observations ou notifications faites au maître d'ouvrage, au maître d'œuvre ou à tout autre intervenant sur le chantier. Ces observations ou notifications sont visées par les intéressés et suivies de leur réponse éventuelle ;
- le procès-verbal de passation des consignes avec le coordonnateur réalisation de l'ouvrage lorsqu'il est différent du coordonnateur conception étude ;
- les comptes rendus des inspections communes faites avec les entreprises intervenantes, avec indication des consignes à transmettre et des observations particulières de sécurité et de santé prises pour l'ensemble de l'opération. Ces comptes rendus sont visés par les entreprises concernées ;
- les noms et adresses des entrepreneurs contractants, cocontractants et sous-traitants, ainsi que la date approximative d'intervention de chacun d'eux sur le chantier et, pour chaque entreprise, l'effectif prévisible des travailleurs affectés au chantier et la durée prévue des travaux. Cette liste est, si nécessaire, précisée lors de l'intervention sur le chantier et tenue à jour.

**Le coordonnateur présente le RJ**, sur leur demande :

- au maître d'œuvre ;
- à l'inspecteur du travail ;
- à l'agent de la CRAM ;
- à l'agent de l'OPPBTP ;
- aux membres du CISSCT.

**Le RJ est conservé par le coordonnateur** pendant cinq ans à compter de la réception de l'ouvrage.

## 3.4. Le dossier d'intervention ultérieure sur l'ouvrage (DIUO)

Le dossier de l'ouvrage doit permettre et faciliter la prévention des risques professionnels lors des interventions ultérieures sur l'ouvrage.

C'est le maître d'ouvrage qui le fait établir, et le coordonnateur qui le rédige, dès la phase conception étude.

**Le DIUO doit mentionner** :

- les documents, plans et notes techniques de nature à faciliter les interventions ultérieures sur l'ouvrage ;
- le dossier de maintenance lorsqu'il s'agit de lieux de travail ;
- les dispositions prises pour :
  - le nettoyage des surfaces vitrées en élévation et en toiture,
  - l'accès en couverture (moyens d'arrimage, mise en place rapide de garde-corps ou de filets de protection),
  - l'entretien des façades (moyens d'arrimage et stabilité des échafaudages et des nacelles),
  - les travaux d'entretien intérieur (ravalement de halls de grande hauteur, accès aux gaines techniques, accès aux cabines d'ascenseurs…) ;
- les indications relatives aux locaux techniques et sanitaires mis à la disposition du personnel chargé des travaux d'entretien, lorsque ces locaux existent ;
- les procès-verbaux de transmission :
  - entre le coordonnateur conception étude et le coordonnateur réalisation de travaux lorsque ce dernier est différent du premier,
  - entre le coordonnateur réalisation de travaux et le maître d'ouvrage lors de la réception de l'ouvrage.

**Le DIUO doit être remis** :

- au syndic de l'immeuble lorsqu'il s'agit d'une copropriété ;
- aux notaires chargés de la mutation de l'ouvrage, pour être joint aux actes notariés.

Lors de toute nouvelle opération pour laquelle un coordonnateur est requis, un exemplaire du dossier de l'ouvrage est remis au coordonnateur désigné par le maître d'ouvrage.

Le coordonnateur de chaque intervention ultérieure complète ou modifie éventuellement le dossier de l'ouvrage.

# 4. Le comité interentreprises de sécurité, de santé et des conditions de travail (CISSCT)

C'est le maître d'ouvrage qui le constitue lorsque le chantier est supérieur à 10 000 hommes/jour et que le nombre d'entreprises (travailleurs indépendants et entreprises sous-traitantes inclus) est supérieur à dix, s'il s'agit d'une opération bâtiment, ou à cinq, s'il s'agit d'une opération génie civil.

Le CISSCT se réunit pour la première fois dès que deux entreprises, au moins, sont effectivement présentes sur le chantier.

Sa constitution doit être effective au plus tard vingt et un jours avant le début des travaux.

## 4.1. Composition du CISSCT

Certains membres du CISSCT ont voix délibérative, d'autres ont seulement voix consultative.

**Ont voix délibérative** :

- le ou les coordonnateurs en matière de sécurité et de santé ;
- le maître d'œuvre désigné par le maître d'ouvrage ;
- les entrepreneurs (chaque entreprise est représentée par le chef d'entreprise ou son représentant habilité).

**Ont voix consultative** :

- les salariés employés sur le chantier (chaque entreprise est représentée par un salarié désigné par le CHSCT ou, à défaut, les délégués du personnel ou, à défaut, les membres de l'équipe appelée à intervenir sur le chantier) ;
- le représentant de la direction départementale du travail ;
- le représentant de l'OPPBTP ;
- le représentant de la CRAM ;
- les médecins du travail.

La liste nominative des participants au CISSCT est tenue à jour et affichée sur le chantier par le coordonnateur.

## 4.2. Mission du CISSCT

La mission du CISSCT consiste essentiellement à :

- adopter le règlement du collège ;
- définir certaines règles communes destinées à assurer le respect des mesures de sécurité et de protection de la santé applicables au chantier ;
- vérifier que l'ensemble des règles prescrites est effectivement mis en œuvre.

L'intervention du CISSCT ne modifie pas la nature et l'étendue des responsabilités qui incombent aux participants à l'acte de construire, ni les attributions des CHSCT des entreprises intervenantes.

## 4.3. Règles de fonctionnement du CISSCT

**Les réunions du CISSCT se tiennent** :

- tous les trois mois sur convocation du président (= le coordonnateur) adressée quinze jours avant la réunion (sauf urgence) ;
- à la demande de la majorité des représentants avec voix délibérative ;

- à la demande motivée du tiers des représentants des salariés ;
- à la suite de tout accident ayant eu ou ayant pu avoir des conséquences graves.

**Le comité se réunit dans les conditions suivantes** :
- dans un local approprié et pendant les heures de travail (sauf urgence) ;
- selon un ordre du jour établi par le président et complété éventuellement à la demande écrite d'un membre (adressée dans les huit jours qui suivent la réception de la convocation). L'ordre du jour peut évoquer notamment la formation et l'information des salariés ;
- en respectant le règlement du comité (attributions du président, règlement des difficultés qui pourraient s'élever entre les membres).

Les réunions du comité sont précédées d'une inspection du chantier.

**Le projet de règlement** est élaboré par le coordonnateur conception étude, annexé aux pièces écrites et adopté lors de la première réunion du CISSCT.

**Le règlement** complète les règles de fonctionnement du comité et précise les attributions du président. Il est transmis à la DDTE, à la CRAM, à l'OPPBTP et aux entreprises appelées à intervenir après la constitution du comité.

Les procès-verbaux des réunions sont :
- consignés sur un registre tenu à la disposition des membres du collège et conservés pendant cinq ans ;
- adressés aux CHSCT des entreprises appelées à intervenir sur le chantier ;
- et font ressortir notamment :
  - l'ensemble des décisions prises par le comité,
  - le compte rendu des inspections de chantier,
  - les formations dispensées par les entreprises en application de leur obligation légale, ainsi que les formations complémentaires à la sécurité décidées par le comité.

# 5. Les obligations des particuliers en matière de coordination de travaux

La coordination des opérations conduites par le maître d'ouvrage particulier pour son usage personnel (ou celui de ses ayants droit) fait l'objet de dérogations spéciales :
- aucune obligation pour le maître d'ouvrage ;
- aucune responsabilité pénale spéciale ;
- aucun formalisme de mise en place ;
- le coordinateur est désigné par la loi.

Mais la coordination des opérations conduites par le maître d'ouvrage particulier pour son usage professionnel (hangar, atelier, garage) relève du droit commun de la coordination.

## 5.1. Les obligations du maître d'ouvrage particulier

Le maître d'ouvrage particulier est déchargé de toute obligation relative à la mise en place et au fonctionnement de la coordination. La mise en place de la coordination sera automatique, sans exigence de contrat écrit.

Le fonctionnement de la coordination se fera sans exigence de rémunération distincte, ni d'octroi d'autorité et de moyens au coordonnateur désigné par la loi.

En revanche, le maître d'ouvrage particulier doit mettre en œuvre les principes généraux de prévention afin d'assurer la sécurité et de protéger la santé des personnes qui interviennent sur son chantier.

En conséquence, n'ayant aucune obligation relative à des formalités à remplir, le maître d'ouvrage particulier n'encourt pas les sanctions pénales spécifiques prévues par le Code du travail pour non-respect des obligations liées à la coordination.

En revanche, ayant une obligation générale de respecter les principes de prévention, le maître d'ouvrage particulier encourt, comme tout un chacun, les sanctions prévues par le Code pénal en cas de risque causé à autrui ou d'atteinte à l'intégrité physique ou à la vie de la personne.

## 5.2. Les obligations du coordonnateur désigné par la loi

On distingue les opérations soumises à permis de construire de celles qui ne le sont pas.

**Pour les opérations avec permis de construire**, le coordonnateur désigné par la loi sera, pour le coordonnateur conception, le maître d'œuvre et, pour le coordonnateur réalisation, le pilote du chantier.

**Pour les opérations sans permis de construire**, le coordonnateur réalisation sera l'entrepreneur qui aura la part de main-d'œuvre la plus élevée.

Le coordonnateur d'opérations conduites par un maître d'ouvrage particulier n'a aucune obligation spécifique : pas de compétence exigée ou de formation particulière requise, pas de missions précises telles que l'élaboration et la gestion des documents de la coordination (PGC, RJ, DIUO).

En revanche, le coordonnateur d'opérations conduites par un maître d'ouvrage particulier doit, comme tous les autres partenaires à l'acte de construire, mettre en œuvre les principes généraux de prévention afin d'assurer la sécurité et de protéger la santé des personnes qui interviennent sur le chantier.

Cette mise en œuvre doit être faite le plus simplement possible sur la base de l'analyse préalable des risques de coactivité.

En conséquence, aucun des coordonnateurs prévus par le dispositif légal issu de la loi du 31 décembre 1993 n'encourt les sanctions pénales spécifiques prévues par le Code du travail pour non-respect des obligations liées à la coordination.

Le coordonnateur des opérations conduites par les particuliers n'encourt donc aucune sanction pénale spécifique.

En revanche, partageant avec le maître d'ouvrage particulier l'obligation de respecter les principes de prévention, le coordonnateur des opérations conduites par les particuliers encourt,

comme tout un chacun, les sanctions prévues par le Code pénal en cas de risque causé à autrui ou d'atteinte à l'intégrité physique ou à la vie de la personne.

# 6. Recommandations

## 6.1. En amont du chantier

**Le maître d'ouvrage veillera à** :

- **l'évaluation des risques en** :
  - identifiant, en coopération avec le coordonnateur et la maîtrise d'œuvre, les risques associés au chantier en raison notamment des délais, de l'exiguïté des lieux, de la technicité,
  - faisant procéder aux analyses, sondages et diagnostics préalables (notamment amiante, plomb…) afin d'informer les entreprises dans le dossier de consultation ;
- **la coordination santé-sécurité en** :
  - désignant le coordonnateur SPS le plus tôt possible et, en tout état de cause, dès le choix de l'architecte,
  - vérifiant l'adéquation entre l'expérience professionnelle du coordonnateur et la nature de l'opération,
  - privilégiant la désignation d'un coordonnateur identique pour les phases conception et réalisation,
  - prévoyant un nombre suffisant de vacations pour le coordonnateur (sur un chantier de taille significative, la durée – hors réunions de chantier – des visites du coordonnateur doit être d'au moins une demi-journée par semaine),
  - s'assurant que le PGC ne soit pas un document type, mais que soient bien identifiés les risques ou, au minimum, les phases à risques du chantier ainsi que les points qui demanderont l'organisation d'une coordination ultérieure renforcée entre les entreprises. Il sera veillé à la mise à jour du PGC ;
- **l'articulation des missions de coordination SPS et OPC en** :
  - prévoyant un planning tel que la phase de préparation du chantier laissée à l'entreprise soit suffisante en temps et que les délais de construction soient suffisants,
  - s'assurant – notamment par voie contractuelle – de la coopération entre le coordonnateur SPS, l'agent chargé de la mission OPC et le maître d'œuvre dans les phases de préparation et de réalisation du chantier,
  - ayant, à défaut d'OPC, un planning suffisamment détaillé pour mettre en évidence les coactivités qui appelleront une vigilance particulière ;
- **la capacité des entreprises à réaliser le chantier en** :
  - lissant les commandes et en les étalant dans le temps,
  - veillant à ce que les offres des entreprises répondent aux exigences du PGC SPS,
  - s'assurant de la compétence des entreprises (par exemple, à l'aide de Qualibat),
  - s'assurant que l'effectif des entreprises et la compétence de leur personnel correspondent aux besoins en main-d'œuvre du chantier,

  - n'admettant pas la prestation de main-d'œuvre illicite,
  - rappelant l'exigence de l'agrément des sous-traitants, quel que soit leur rang, et en demandant la communication du contrat de sous-traitance conclu,
  - choisissant le mode de passation des marchés qui sera le plus efficace pour la sécurité et la qualité de l'exécution du projet compte tenu de ses spécificités,
  - prévoyant dans l'appel d'offres la mise en œuvre des modalités de contrôle d'accès au chantier ;
- **la consultation des entreprises en** :
  - donnant aux entreprises un délai de réponse aux appels d'offres d'une durée suffisante,
  - exprimant dans les appels d'offres les exigences de sécurité qui devront figurer dans les réponses des entreprises,
  - affectant clairement dans le marché, à des lots précis, les dépenses liées aux mesures de prévention définies dans le PGC,
  - retenant le mieux-disant et en affectant une pondération des critères adaptée aux caractéristiques du projet.

## 6.2. Pendant l'exécution du chantier

**Le maître d'ouvrage veillera à** :

- **un suivi fort et adapté en** :
  - assurant le contrôle de la mission de coordination SPS,
  - prenant en compte les observations formulées par le coordonnateur SPS et les entreprises,
  - prenant l'initiative avec le maître d'œuvre, à la fin de la période de préparation du chantier, de réunir les entreprises pour les informer, au regard du PGC et de son éventuelle actualisation, de l'organisation du chantier et de la prévention des risques,
  - adaptant la mission de coordination SPS par voie d'avenants en cas de besoin ;
- **faciliter les échanges entre les entreprises et les équipes d'ouvriers en** : s'assurant de la tenue de réunions de coordination des entreprises entre elles pour faire face aux problèmes concrets de coordination de la prévention, aux conséquences des changements inopinés de procédés, et au décalage entre le travail prescrit et le travail réel.

4

# Les entrepreneurs (la dévolution des marchés)

Dans le cadre d'une opération de construction, le maître d'ouvrage public ou le maître d'ouvrage privé peuvent passer un ou plusieurs marchés. Ils contractent soit avec une seule entreprise, soit avec plusieurs entreprises, soit avec un groupement d'entreprises.

On parlera, dans le premier cas, de marché passé à l'entreprise générale, ou de **marché unique**, dans le deuxième cas, de marchés séparés ou de lots séparés, ou d'**allotissement**, et, dans le dernier cas, de marché attribué à un **groupement** où les entreprises seront groupées conjointes ou groupées solidaires. Dans tous les cas, les entreprises peuvent sous-traiter une partie de leurs travaux.

## Idées fondamentales

C'est le maître d'ouvrage (le pouvoir adjudicateur), c'est-à-dire le client, qui choisit unilatéralement le mode de dévolution (par exemple, la dévolution en marchés séparés (en lots)) ou, au contraire, la dévolution en marché unique (à l'entreprise générale).

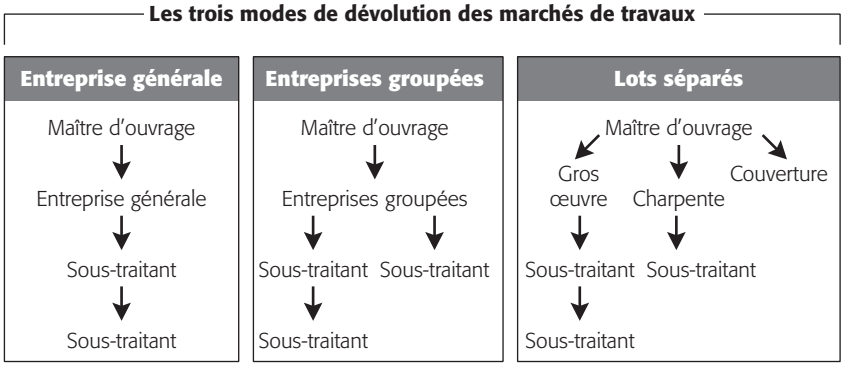
Les entreprises, selon leur taille ou leur spécialité, ont une préférence pour tel ou tel mode de dévolution.

Le Code des marchés publics 2006 modifié instaure un principe de lots séparés (art. 10), auquel il est possible de déroger largement (art. 10, deuxième alinéa), et un principe de liberté de groupement (art. 51).

**La sous-traitance peut se retrouver dans tous les marchés, quel qu'ait été le mode de dévolution initial**. Très souvent, et à juste titre, la sous-traitance est associée à la dévolution en entreprise générale, mais elle peut également se retrouver dans un marché passé en groupement ou en lots séparés.

Lorsque l'intégralité du marché est confiée à une entreprise (l'entreprise générale), celle-ci sous-traite une partie des travaux, sous sa responsabilité, à d'autres entreprises, appelées « entreprises sous-traitantes ». Mais lorsque le marché est passé en lots séparés, chaque entrepreneur titulaire d'un lot pourra lui aussi, sous sa responsabilité, sous-traiter une partie du

marché à un ou plusieurs sous-traitants. Il en sera de même pour les cotraitants membres d'un groupement momentané conjoint ou solidaire : chaque cotraitant titulaire d'un lot à l'intérieur du marché unique pourra lui aussi, sous sa responsabilité, sous-traiter tout ou partie de son lot.




# 1. L'allotissement

**Les lots géographiques. Les lots techniques**. Dans un marché alloti, ou passé en lots séparés, les prestations sont divisées en lots qui peuvent être attribués à des entreprises différentes. Les lots peuvent être géographiques (telle partie de la commune, telle ou telle vallée…) ; ils sont généralement techniques : le lot gros œuvre, le lot couverture, le lot plomberie, le lot électricité, le lot menuiseries intérieures et/ou extérieures, le lot peinture… Chaque lot sera donc confié à une entreprise de corps d'état différent.

**Il est passé autant de contrats que d'entreprises, celles-ci n'ayant aucun lien entre elles**. Aussi faut-il régler le problème de la coordination des travaux afin que soient harmonisées dans le temps et dans l'espace les actions des différentes entreprises. Dans ce cas, un lot coordination et/ou pilotage du chantier devra être attribué à une entreprise spécialisée, ou à celle titulaire du lot gros œuvre. Cette fonction peut éventuellement être conservée par le maître d'ouvrage ; elle peut aussi être confiée au maître d'œuvre.

**L'intérêt des lots séparés**. La formule des marchés séparés en lots est très pratiquée, au moins pour les petits travaux. Cela présente l'avantage de donner du travail aux entreprises artisanales et aux petites et moyennes entreprises. Cela permet de maintenir un tissu économique local et, à ce titre, la pratique des lots séparés est encouragée par les pouvoirs publics. Les entreprises trouvent un intérêt à cette formule, puisqu'elles ont un lien contractuel direct avec le maître d'ouvrage. Cela leur évite les abus de certains donneurs d'ordre et peut limiter les risques d'impayés qu'entraîne la sous-traitance irrégulière.

**Obligation d'allotir**. L'article 10 du Code des marchés publics issu du décret du 1er août 2006 modifié pose, en principe, l'obligation d'allotir : « *Afin de susciter la plus large concurrence, et sauf si l'objet du marché ne permet pas l'identification de prestations distinctes,* ***le pouvoir adjudicateur passe le marché en lots séparés****. À cette fin, il choisit librement le nombre de lots, en tenant notamment compte des caractéristiques techniques des prestations demandées, de la structure du secteur économique en cause et, le cas échéant, des règles applicables à certaines professions.*

*Les candidatures et les offres sont examinées lot par lot. Les candidats ne peuvent présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus. Si plusieurs lots sont attribués à un même titulaire, il est toutefois possible de ne signer avec ce titulaire qu'un seul marché regroupant tous ces lots. »*

L'article 10 du code érige l'allotissement en principe pour susciter la plus large concurrence entre entreprises et leur permettre, quelle que soit leur taille, d'accéder à la commande publique lorsque l'objet du marché permet l'identification de prestations distinctes. Tous les marchés sont passés en lots séparés, s'ils peuvent être divisés en ensembles cohérents, lots dont le pouvoir adjudicateur reste libre de fixer le nombre. Il reste possible de réunir les prestations dans un marché unique à des conditions précisées par le code (CE, 9 juillet 2007, Syndicat EGF-BTP).

En revanche, il **n'est juridiquement pas possible**, au regard de la réglementation européenne et des règles de transparence des marchés publics, **de réserver tout ou partie des marchés publics aux PME-TPE** (rép. ministre chargé du Plan de relance, *JO Sénat* du 12 mai 2009). L'article 10 du Code des marchés publics, après avoir posé le principe de l'allotissement, indique qu'il ne peut être dérogé à cette obligation que dans certains cas, qu'il énumère : « *Le pouvoir adjudicateur peut toutefois passer un marché global, avec ou sans identification de prestations distinctes, s'il estime que la dévolution en lots séparés est de nature, dans le cas particulier, à restreindre la concurrence, ou qu'elle risque de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations ou encore qu'il n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination*. »

**L'entreprise doit être lésée par l'absence d'allotissement (ou avoir été susceptible de l'être) pour pouvoir invoquer cette irrégularité**. Après rejet de son offre, une société intente un référé précontractuel en annulation de la procédure de passation du marché. Elle soutient que le marché aurait dû être alloti en vertu des dispositions de l'article 10 du Code des marchés publics. Le juge constate que la société, dont la candidature a été admise et qui a présenté une offre correspondant à l'objet du marché, n'a pas soutenu avoir été lésée ou avoir été susceptible de l'être par les irrégularités ainsi invoquées. Sa demande est rejetée : « *En annulant la procédure de passation litigieuse sans rechercher si cette irrégularité, à la supposer établie, était susceptible d'avoir lésé ou de risquer de léser la société SNEF, le juge des référés a commis une erreur de droit* » (CE, 4 novembre 2009, Communauté d'agglomération Toulon-Provence-Méditerranée).

**L'allotissement des marchés publics est la règle. Le marché global doit être justifié**. Le Conseil d'État rappelle que l'allotissement des marchés publics est le principe et qu'un acheteur doit se trouver dans les exceptions prévues par le Code pour pouvoir y déroger. Il considère que « *la région RÉUNION ne* ***justifiait pas*** *se trouver en présence de l'une des exceptions prévues par l'article 10 du Code* […] *et que le marché faisait bien apparaître des prestations distinctes à raison de la répartition géographique des sites objet du marché de surveillance* » (CE, 23 juillet 2010, Région Réunion).

**En cas de prestations distinctes, il faut allotir**. « *Considérant qu'il résulte de l'instruction que, contrairement à ce que soutient le SMAROV, l'objet du marché, qui comporte le suivi de l'exécution du contrat d'affermage et de ses avenants, la gestion et le suivi de la passation et de la mise en œuvre de nouveaux avenants à ce contrat, la rédaction d'un bilan environnemental annuel, l'aide à la préparation des décisions du SMAROV et l'assistance au maître d'ouvrage pour le suivi de l'exécution de marchés de maîtrise d'*œuvre pour des travaux d'*extension et de mise aux normes,*

*permet bien l'identification de prestations différentes ;* ***que le SMAROV n'établit ni que l'allotissement du marché rendrait son exécution techniquement difficile, ni qu'il ne serait pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination ; que la passation d'un marché global a donc méconnu les dispositions de l'article 10 du Code des marchés publics*** *; que la société Cabinet Conseil Aspasie, qui est une société de petite taille spécialisée dans l'assistance à maîtrise d'ouvrage, justifie avoir* ***été lésée par ce manquement*** *; Considérant que par suite,* ***la procédure de passation du marché doit être annulée*** » (CE, 29 octobre 2010, Syndicat mixte d'assainissement de la région ouest de Versailles (SMAROV)).

**Le Conseil d'État condamne l'absence d'allotissement et annule la procédure**. Un syndicat lance une procédure en marché global pour la fourniture et la mise en œuvre de dispositifs de contrôle d'accès et de gestion informatisée de déchetteries. Le Conseil d'État considère « *qu'il était notamment possible de distinguer les prestations relatives à la fourniture et à la mise en service des installations informatiques de celles relatives aux travaux dits de génie civil* ». Il a, de plus, estimé « *qu'il ne résulte pas de l'instruction qu'une dévolution en lots séparés aurait nécessité une coordination entre prestataires telle qu'elle aurait rendu techniquement difficile l'exécution du marché* » et que « *si le SYBERT soutient également que l'allotissement du marché aurait rendu son exécution financièrement coûteuse, il n'apporte aucune justification à l'appui de ses allégations* ». Le Conseil d'État en a conclu que le SYBERT doit être regardé comme ayant manqué à ses obligations d'allotissement résultant de l'article 10 du Code des marchés publics et que ce manquement aux règles de mise en concurrence a été de nature à léser le groupement requérant : il a annulé la procédure de passation dans son intégralité (CE, 3 décembre 2012, SYBERT).

**Nullité de deux marchés de réhabilitation de deux collèges en site occupé non allotis**. La cour relève que si la rénovation des collèges « *doit être réalisée en site occupé, il ne ressort pas de l'instruction que cette contrainte, courante en matière de réhabilitation d'ouvrages publics, aurait été incompatible avec l'allotissement des travaux* ». Elle indique qu' « *il n'est pas non plus établi que la passation de marchés séparés en aurait renchéri le coût* » et que « *le département du Puy-de-Dôme, ne saurait utilement se prévaloir de la faiblesse des effectifs de ses propres services pour soutenir qu'il ne disposait pas de la capacité d'assurer la programmation et la coordination de ces chantiers* ». C'est pourquoi la cour enjoint au président du conseil général de saisir le juge afin de faire constater la nullité des marchés en cause dans un délai de deux mois, sauf résolution amiable desdits marchés avec leurs attributaires (CAA Lyon, 6 octobre 2011, Conseil général du Puy-de-Dôme).

**Il ne suffit pas d'allotir : encore faut-il allotir suffisamment. Deux macro-lots pour la restructuration d'un collège. Non-respect de l'obligation d'allotir.** Le département de la Gironde lance une consultation en deux macro-lots pour des travaux de restructuration d'un collège. Un syndicat professionnel demande l'annulation des décisions du président du conseil général liées à la signature de ces lots pour non-respect de l'obligation d'allotir. La cour administrative d'appel de Bordeaux lui donne raison et considère que le lot n° 1 constitue un marché global, car il correspond en réalité à « *l'ensemble des prestations que tous les corps d'*état doivent accomplir pour réaliser les travaux de construction prévus dans le cadre de la restructuration du collège ». Elle estime, par ailleurs, que le pouvoir adjudicateur ne pouvait pas se prévaloir de l'une des exceptions à l'obligation d'allotir, en précisant que « *s'il est vrai que l'exécution des prestations était soumise à de fortes contraintes de délais nécessitant une impor-*

*tante coordination des prestataires et le respect par ceux-ci des délais impartis, le département ne justifie pas que ces contraintes, au demeurant courantes dans des opérations de restructuration, étaient telles que la dévolution en lots séparés* […] *aurait, en l'espèce, rendu techniquement difficile l'exécution du marché* ». La décision du président du conseil général de la Gironde de signer le marché portant sur le lot n° 1 est annulée (CAA Bordeaux, 1er octobre 2013, Département de la Gironde).

**Le contrôle du juge des référés précontractuels en matière d'allotissement est limité à celui de l'erreur manifeste d'appréciation. Le pouvoir adjudicateur a une certaine liberté de choix**. *S'il appartient au juge des référés précontractuels de relever un manquement aux obligations de mise en concurrence résultant d'une méconnaissance de ces dispositions* [relatives à l'allotissement], *s'agissant de la définition du nombre et de la consistance des lots, un tel manquement ne peut résulter que d'une erreur manifeste du pouvoir adjudicateur, compte tenu de la liberté de choix qui lui est reconnue* » (CE, 21 mai 2010, Commune d'Ajaccio).

**En revanche, le juge fait un plein contrôle sur la décision intervenue en amont d'allotir ou non le marché**. Si le juge du référé précontractuel, juge de plein contentieux, fait un simple contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sur la détermination du nombre et de la consistance des lots dans un marché alloti sur le fondement de l'article 10 du Code des marchés publics (CE, 21 mai 2010, Commune d'Ajaccio), il fait, en revanche, un plein contrôle sur la décision intervenue en amont d'allotir ou non le marché (CE, 27 octobre 2011, Département des Bouches-du-Rhône).

En effet, le juge ne peut pas faire un contrôle distant de ce qui n'est pas une alternative : le maître d'ouvrage doit allotir, le juge exerce un plein contrôle. Toutefois, l'autre objectif est de ne pas engager le juge dans un contrôle réellement poussé, sur le caractère techniquement difficile de l'exécution du marché, ou sur la possibilité ou non d'assurer directement l'OPC ; là il n'exercera qu'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation.

**Le Conseil d'État considère qu'il y a manquement aux obligations de l'article 10 sur l'allotissement en cas de regroupement dans un même lot de prestations qui pourraient faire l'objet de deux lots sur le plan technique si ce regroupement n'engendre pas une réduction significative du coût**. Il ne suffit pas d'allotir les prestations d'un marché public de services de télécommunications pour prétendre avoir respecté l'article 10 du Code des marchés publics. Le Conseil d'État donne raison à Bouygues, candidat évincé du lot n° 3 d'un appel d'offres de téléphonie mobile et demande au pouvoir adjudicateur de reprendre sa procédure. Le Conseil d'État considère que le lot regroupe des prestations qui devraient être distinctes au sens de l'article 10 du Code des marchés publics. Or si l'argument invoqué pour le regroupement, à savoir le gain en termes financiers qui est attendu, est légitime, le Conseil d'État souligne qu'en l'espèce, la réduction alléguée n'est pas suffisante, puisque ce regroupement « *ne représente que moins de 2 % du budget alloué à ce lot* » (CE, 11 août 2009, Communauté urbaine Nantes Métropole).

**Le pouvoir adjudicateur ne peut dans les documents de la consultation contraindre les candidats à présenter une offre pour chacun des lots du marché**. « *Considérant* [que] *l'Office public de l'habitat d'Amiens a décidé de passer en trois lots séparés le marché portant sur des prestations de dépannage et d'entretien des ascenseurs de l'ensemble de son patrimoine* ; *qu'il résulte de l'instruction que ces trois lots ont fait l'objet de trois avis d'appel public à la concurrence et de trois actes d'engagement distincts* ; *que, toutefois, l'article 2.2 du règlement de la consultation imposait aux candidats de répondre obligatoirement aux trois lots objet de la consultation, à peine*

*de rejet de leur offre, tandis que l'article 7.4 de ce règlement prévoyait que l'analyse des offres se ferait lot par lot et serait également appréhendée de manière globale pour la détermination de l'offre la plus économiquement avantageuse ;* ***qu'en imposant aux candidats de répondre obligatoirement aux trois lots objet de la consultation à peine de rejet de leur offre, l'office a méconnu les dispositions de l'article 10 du Code des marchés publics*** *et l'objectif qu'elles poursuivent de susciter la plus large concurrence* ; *qu'en s'abstenant par la suite d'examiner les offres que lui avait remises la SOCIÉTÉ KONÉ au titre des lots n° 2 et 3 et en rejetant ces offres au motif que la société n'avait pas présenté une offre au titre du lot n° 1, l'office a méconnu ses obligations de publicité et de mise en concurrence d'une manière ayant affecté les chances de la SOCIÉTÉ KONÉ d'obtenir les marchés correspondant aux lots n° 2 et 3 » (*CE, 1er juin 2011, Société Koné).

**En revanche, possibilité de limiter le nombre de lots attribués à chaque candidat**. Le Conseil d'État a précisé qu'un pouvoir adjudicateur qui recourt à l'allotissement *« peut décider, afin de mieux assurer la satisfaction de ses besoins en s'adressant à une pluralité de cocontractants ou de favoriser l'émergence d'une plus grande concurrence, de limiter le nombre de lots qui pourra être attribué à chaque candidat,* ***dès lors que ce nombre est indiqué dans les documents de la consultation*** *; que, dans l'hypothèse où le pouvoir adjudicateur autorise la présentation d'une candidature pour un nombre de lots supérieur à celui pouvant être attribué à un même candidat,* ***les documents de la consultation doivent, en outre, indiquer les modalités d'attribution des lots, en les fondant sur des critères ou règles objectifs et non discriminatoires****, lorsque l'application des critères de jugement des offres figurant dans ces mêmes documents conduirait à classer premier un candidat pour un nombre de lots supérieur au nombre de lots pouvant lui être attribués »*. Il a ajouté que *« lorsqu'il décide ainsi de limiter le nombre de lots qui pourra être attribué à chaque candidat, le pouvoir adjudicateur n'adopte pas un critère de jugement des offres au sens des dispositions de l'article 53 du Code des marchés publics, mais définit, dans le cadre de l'article 10 du Code des marchés publics relatif à l'allotissement, les modalités d'attribution des lots du marché »* (CE, 20 février 2013, Laboratoire Biomnis).

**Pas d'allotissement obligatoire pour un EPIC de l'État : il n'est pas soumis au code mais à l'ordonnance du 6 juin 2005**. L'établissement public d'aménagement Euroméditerranée a lancé une procédure pour la passation d'un marché global de travaux, et un candidat non retenu demande et obtient l'annulation de la procédure pour manquement aux obligations d'allotir le marché prévues à l'article 10 du Code des marchés publics. Le Conseil d'État rappelle que cet établissement est un établissement public industriel et commercial de l'État et qu'il n'est pas, *« lorsqu'il agit pour son compte en qualité de maître d'ouvrage, soumis aux dispositions du Code des marchés publics »*. Le Conseil d'État considère que cet établissement n'est soumis, dans ce cas, qu'aux dispositions de l'ordonnance du 6 juin 2005 et en déduit que les dispositions de l'article 10 du code, relatives à l'allotissement, n'étaient pas, en l'espèce, applicables à la procédure (CE, Établissement public d'aménagement Euroméditerranée, 23 décembre 2011).

# 2. Le marché unique

## 2.1. Marché unique, dit « à l'entreprise générale »

**Un unique attributaire**. Dans un marché passé « en entreprise générale », le marché est conclu avec un unique attributaire, qui peut néanmoins sous-traiter certaines parties de son marché.

**Un responsable unique**. L'entrepreneur principal est personnellement responsable du respect de toutes les obligations résultant du marché et assume à ce titre les tâches de coordination en cas de décomposition de la prestation en lots.

La notion d'entreprise générale ne fait l'objet d'aucune définition spécifique en droit français. Il y a toutefois lieu d'insister sur la nécessaire fonction de coordination de l'entreprise générale et surtout sur la nécessité de faire entrer cette fonction de coordination dans l'objet social de l'entreprise qui souhaite prendre un marché à l'entreprise générale. À défaut, le marché ne serait pas valide.

L'attribution d'un marché à l'entreprise générale suppose également que l'attributaire présente les garanties professionnelles et financières adéquates, même si le Code des marchés publics lui permet de se servir des garanties professionnelles, techniques et financières d'autres opérateurs économiques (art. 45) : « *Pour justifier de ses capacités professionnelles, techniques et financières, le candidat peut demander que soient également prises en compte les capacités professionnelles, techniques et financières d'autres opérateurs économiques. Dans ce cas, il doit justifier des capacités de ce ou ces opérateurs économiques et du fait qu'il en dispose pour l'exécution du marché.* »

**Ne pas confondre « décomposition en lots » et « allotissement » : un marché décomposé en lots permet la réponse en marché unique, au moyen d'un groupement conjoint.** Le Conseil d'État a eu l'occasion de préciser que si la candidature des groupements d'entreprises conjointes suppose que le maître d'ouvrage ait décomposé le marché en plusieurs ensembles de prestations techniques (lots) susceptibles, chacun, d'être attribué à un membre du groupement, cette décomposition en « lots » techniques doit être entendue comme consistant en une opération différente de celle de « l'allotissement » prévue par le Code des marchés publics (lequel « allotissement » consiste à conclure plusieurs marchés séparés) et ne fait pas obstacle à la conclusion d'un marché unique : « *Qu'ainsi, en se fondant sur la circonstance que le marché litigieux avait le caractère d'un marché unique pour juger que la collectivité publique ne pouvait pas réserver ce marché aux groupements conjoints, le juge a entaché son ordonnance d'une erreur de droit* » (CE, 30 juin 2004, OPHLM de la ville de Nantes).

**Trois dérogations au principe d'allotissement**. L'article 10 du Code des marchés publics, après avoir instauré dans son alinéa premier un principe d'allotissement des marchés, prévoit trois **dérogations**. Le pouvoir adjudicateur peut passer un marché global, avec ou sans identification de prestations distinctes, s'il estime :

- que la dévolution en lots séparés est de nature, dans le cas particulier, à restreindre la concurrence ;
- ou qu'elle risque de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations ;
- ou encore qu'il n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination.

**Pas d'obligation de motiver le recours au marché unique**. Le Code des marchés publics ne contient aucune disposition imposant au pouvoir adjudicateur de motiver le recours à un marché global. Le verbe utilisé dans l'article 10 est « *s'il estime* » et non pas « s'il justifie ». Le principe général en droit administratif demeure celui de la non-motivation des actes, sauf disposition expresse contraire des textes. Or aucun article du code, ni aucune disposition relevant d'un autre texte, ne prévoit une telle motivation.

**Intérêt néanmoins de se ménager des preuves de l'impossibilité d'allotir**. Les pouvoirs adjudicateurs doivent néanmoins être prudents et se ménager la preuve de ce qu'ils se sont interrogés sur la nécessité d'un allotissement et qu'ils n'ont opté pour la solution du marché global qu'après une véritable réflexion argumentée sur la possibilité de se prévaloir des dérogations prévues à l'article 10. En effet, le service du contrôle de légalité, en préfecture, peut souhaiter connaître les raisons du choix du recours au marché global : la délibération de la personne publique doit donc, si possible, comporter une ou des explications sur le pourquoi du recours au marché global. Or il est souvent délicat d'apporter des preuves tangibles de ce qui relève souvent de la présomption ou de la simple évaluation prévisionnelle au stade de l'élaboration de la consultation.

**Légalité d'un marché global pour « restriction de la concurrence »**. Ces cas sont extrêmement réduits. Une telle situation ne peut se rencontrer que s'il n'existe pas d'entreprises de taille suffisante pour exécuter les prestations en lots séparés et si le seul moyen de permettre à des PME d'accéder au marché en cause est de recourir à des marchés globaux exécutés avec des sous-traitants.

**Motif tiré de l'impossibilité pour le pouvoir adjudicateur d'assurer par lui-même l'OPC**. Cette motivation peut être admise « *dans les cas où l'Administration dispose des moyens correspondants lorsqu'elle engage la procédure de passation du marché mais qu'elle doit en être privée à brève échéance* ». Attention cependant aux preuves de cette indisponibilité : il faut qu'« *une telle réorientation de moyens soit déjà décidée et que le service puisse s'appuyer sur des décisions prises en matière de dépense publique* (Rapport d'activité 2010 de la Commission consultative des marchés publics, p. 15).

**Légalité d'un marché global eu égard aux difficultés techniques qu'aurait engendré l'allotissement**. Le Conseil d'État juge légal un marché global de sécurisation des espaces publics comportant des prestations distinctes (rénovation d'une partie de l'éclairage public, mise aux normes de la signalisation lumineuse tricolore, installation d'un dispositif de vidéosurveillance) eu égard aux difficultés techniques qu'aurait engendrées, lors de son exécution, la dévolution du marché en lots séparés ainsi qu'aux conséquences probables de cet allotissement sur son coût financier (CE, 20 mai 2009, Commune de Fort-de-France).

**Légalité d'un marché global s'il permet de réaliser une économie budgétaire**. Pour le Conseil d'État : « *La réduction significative du coût des prestations constitue, lorsqu'elle est démontrée au moment du choix entre des lots séparés ou un marché global, un motif légal de dévolution en marché global par application de l'article 10 du Code* » (CE, 9 décembre 2009, Département de l'Eure).

**Un marché de performance énergétique peut justifier un marché global**. Dans un marché où la ville vise une réduction de 30 % de ses consommations d'énergie d'ici 2020 et qui comporte un engagement contractuel de performance, le tribunal juge le choix du marché

global justifié, car une dévolution du marché en lots « *aurait rendu techniquement difficile l'exécution des prestations telles que redéfinies au regard du nouvel objectif d'amélioration de l'efficacité énergétique* » (TA Paris, 10 juin 2011, Ville de Paris).

**Légalité d'un marché global lorsque l'allotissement aurait rendu plus coûteuse l'exécution de ses prestations**. Le département des Bouches-du-Rhône soutient avoir (au vu des prix peu compétitifs obtenus en 2006 pour le même marché divisé en quatre lots géographiques) choisi de recourir à un marché global en vue de limiter les risques d'entente locale entre candidats et de favoriser les économies d'échelle. Il résulte de l'instruction que le département a ainsi obtenu une baisse de prix de 66 % par rapport aux offres sélectionnées en 2006 (sans qu'une telle baisse de prix puisse être entièrement imputée au renforcement structurel de la concurrence dans le secteur de la signalisation verticale à la suite de la dissolution de l'entente grevant ce secteur). Le conseil d'État estime « ***que le DÉPARTEMENT DES BOUCHES-DU-RHÔNE, qui justifie ainsi que l'allotissement du marché aurait pu être de nature à rendre plus coûteuse la réalisation des prestations prévues au contrat, ne peut être regardé comme ayant manqué à ses obligations de mise en concurrence en recourant à un marché global*** » (CE, 27 octobre 2011, Département des Bouches-du-Rhône).

**Légalité d'un marché global en cas de risque de surcoût si le marché était alloti**. « *Si le pouvoir adjudicateur a, en l'espèce, engagé la procédure de passation litigieuse sans allotir le marché, il soutient, sans être sérieusement contesté sur ce point, qu'eu égard au caractère à la fois peu prévisible et inégal du volume de prestations nécessaires sur chacun des axes et tunnels routiers d'Île-de-France, que la mobilisation d'un plus grand nombre d'*équipements fréquemment *inoccupés, qu'aurait occasionnée une dévolution en plusieurs lots,* ***aurait eu pour conséquence de rendre financièrement plus coûteuse l'exécution de ces prestations*** » (CE, 7 mai 2013, Société SEGEX).

À noter qu'ici, le Conseil d'État n'impose aucun seuil financier particulier. Il soutient l'existence d'un surcoût par la phrase « sans être sérieusement contesté sur ce point ». Il ne donne aucun pourcentage. Ceci semble alléger la charge de la preuve pour la personne publique.

**Légalité d'un marché global lorsque l'allotissement aurait rendu plus couteux l'exécution de ses prestations** (CAA Bordeaux, 31 mars 2015, Société BMC Mobirun).

## EN CONCLUSION

Le juge doit faire respecter la hiérarchie de l'article 10, entre principe et exceptions.

La personne publique n'a pas le choix, elle doit allotir si le marché peut faire l'objet de prestations distinctes. Le principe de l'allotissement implique que la personne publique justifie par le recours à l'une des exceptions devoir avoir recours à un marché global. En l'absence de justification, la procédure est irrégulière. Mais cela veut dire également, que le risque invoqué doit être sérieux : le juge ne peut accepter un risque financier de quelques pour-cent du montant du marché.

Enfin, en pratique, bien que le pouvoir adjudicateur ne soit pas tenu d'adopter une décision motivée pour recourir au marché global, il doit prendre la précaution de préserver la « traçabilité » de la décision formelle ou informelle de ne pas allotir en conservant des justificatifs du non-allotissement.

## 2.2. Les contrats globaux particuliers

Les contrats de conception-réalisation (art. 37 du Code des marchés publics) et les contrats globaux sur performance (art. 73 du Code des marchés publics) sont deux types de contrats distincts.

### 2.2.1. Les marchés de conception-réalisation

Le marché de conception-réalisation (art. 37 et 70 du Code des marchés publics) est un marché de travaux dans lequel le maître d'ouvrage confie simultanément la conception (études) et la réalisation (exécution des travaux) d'un ouvrage à un groupement d'opérateurs économiques ou, pour les ouvrages d'infrastructure, à un seul opérateur. Ce contrat permet ainsi d'associer les entrepreneurs à la conception de l'ouvrage.

Pour les pouvoirs adjudicateurs soumis aux dispositions de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée (loi MOP), le marché de conception-réalisation constitue une exception à l'organisation tripartite entre le maître d'ouvrage, le maître d'œuvre et les entreprises. Le recours à cette procédure est, par conséquent, strictement encadré. Il n'est possible que si un engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique ou des motifs d'ordre technique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage.

**Le recours au marché de conception-réalisation pour des motifs techniques liés à la destination ou à la mise en œuvre technique de l'ouvrage**. Deux types d'opérations sont visés :

- les opérations dont la finalité majeure est une production dont le processus conditionne la conception, la réalisation et la mise en œuvre ;
- les opérations dont les caractéristiques intrinsèques (dimensions exceptionnelles, difficultés techniques particulières) appellent une mise en œuvre dépendant des moyens et de la technicité des entreprises.

**Le juge administratif fait une interprétation stricte de ces conditions.**

**Peut** faire l'objet d'un marché de conception-réalisation : la construction d'un parking souterrain entraînant d'importantes difficultés, liées à la grande profondeur de l'ouvrage, à proximité de nappes phréatiques et à l'utilisation éventuelle d'explosifs (TA Lyon, 14 juin 1996, M. Chamberlain c/ Conseil régional de l'Ordre des architectes de Rhône-Alpes).

**Ne peuvent pas** faire l'objet d'un marché de conception-réalisation : la réalisation d'ateliers relais pour dirigeables (CE, 8 juillet 2005, Cté d'agglomération de Moulins) ; la réalisation d'un complexe multisport qui, malgré une superficie très importante, « ne présente toutefois pas des dimensions exceptionnelles pouvant être regardées comme constituant un motif d'ordre technique au sens des dispositions du Code des marchés publics » (CAA Nancy, 5 août 2004, M. Delrez c/ Commune de Metz) ; les travaux d'extension et de restructuration d'un collège (CE, 28 décembre 2001, Conseil régional de l'Ordre des architectes c/ Département du Puy-de-Dôme).

**L'urgence** n'est pas un motif justifiant le recours au marché de conception-réalisation (CE, 17 mars 1997, Syndicat national du béton armé, des techniques industrialisées et de l'entreprise générale).

**Le recours au marché de conception-réalisation justifié par un engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique.** La conception-réalisation est également possible, depuis la loi « Grenelle II » du 12 juillet 2010 (art. 74, modifiant l'article 18-I de la loi MOP du 12 juillet 1985), lorsqu'un engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique rend nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage.

**Uniquement travaux sur existants**. Ce nouveau cas de recours au marché de conception-réalisation, introduit à l'article 37 du code, ne concerne que les opérations de travaux sur bâtiments existants. Les opérations de réhabilitation et de réutilisation d'ouvrages de bâtiment ou d'infrastructure relevant de la loi MOP pour lesquelles sera demandé cet engagement, pourront donc être réalisées sur la base d'un seul contrat portant à la fois sur la conception et les travaux, voire l'exploitation ou la maintenance dans les conditions fixées par l'article 73 du Code des marchés publics.

### 2.2.2. Les contrats globaux sur performance : REM et CREM (art. 73)

**Les REM et les CREM**. Dans le cadre de la mise en œuvre de l'article 5 de la loi « Grenelle I » du 3 août 2009 en matière de réduction des consommations d'énergie, l'article 73 du Code des marchés publics crée deux nouvelles formes de contrats globaux : les marchés de réalisation et d'exploitation ou maintenance (REM) et les marchés de conception, de réalisation et d'exploitation ou maintenance (CREM).

**Le dispositif n'est pas limité à la seule performance énergétique**. Il peut être utilisé pour satisfaire tout objectif de performance mesurable. Il peut s'agir, par exemple, d'objectifs définis en termes de niveau d'activité, de qualité de service ou d'incidence écologique.

Le titulaire peut ainsi se voir confier la conception, la réalisation et l'exploitation ou la maintenance d'un ouvrage industriel, avec des objectifs de performance énergétique ou des objectifs de réduction d'incidence écologique, ces objectifs pouvant être cumulés.

**CREM lorsque les travaux sont soumis à la loi MOP**. Les marchés de conception, de réalisation et d'exploitation ou maintenance (CREM) qui comportent des travaux soumis à la loi MOP ne peuvent être conclus que « *pour la réalisation d'engagements de performance énergétique dans les bâtiments existants* » ou bien « *pour des motifs d'ordre technique* » mentionnés à l'article 37 du Code des marchés publics (à noter que les établissements publics de santé peuvent conclure de tels contrats sans justifier de ces conditions (cf. L. 6148-7 du Code de la santé publique). Ainsi, pour la construction de bâtiments neufs, ces contrats ne peuvent être utilisés que si des motifs d'ordre technique justifient l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage.

En revanche, ces conditions ne sont pas requises pour justifier le recours aux marchés de réalisation et d'exploitation ou maintenance de bâtiments qui, ne comportant pas de conception, n'entrent pas dans le champ d'application de la loi MOP. Il en va ainsi, par exemple, d'un marché de réalisation et d'exploitation d'une centrale de production d'énergie qui comprend, outre la construction de la centrale, des prestations de fourniture de combustibles ou d'énergie, de conduite de l'installation, des travaux de petit et de gros entretien et le renouvellement des matériels.

**Les objectifs de performance sont pris en compte pour la détermination de la rémunération du titulaire**, celui-ci étant responsable de la maintenance ou de l'exploitation des prestations réalisées. La rémunération de l'opérateur économique sera donc modulée en cas de

sous-performance ou de sur-performance. Toutefois, seule la part des services pourra faire l'objet d'une telle modulation. La rémunération de l'exploitation ou de la maintenance ne peut, en aucun cas, contribuer au paiement de la construction. Par conséquent, la rémunération de la construction doit intervenir au plus tard à la livraison définitive des ouvrages. En effet, les marchés de réalisation et d'exploitation ou maintenance et les marchés de conception, de réalisation et d'exploitation ou maintenance ne dérogent pas à l'interdiction de paiement différé fixé à l'article 96 du code.

**Les modalités de rémunération doivent figurer dans le contrat**. Il conviendra de veiller à ce que la rémunération du titulaire ne soit pas substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service ou de l'ouvrage, ce qui pourrait entraîner une requalification du contrat en délégation de service public ou en concession de travaux.

# 3. Les groupements momentanés d'entreprises (GME) : la cotraitance

## 3.1. Généralités

Couramment pratiqués tant dans les marchés publics que privés, les groupements momentanés d'entreprises (GME) présentent de nombreux avantages. Ils permettent notamment d'offrir au client un interlocuteur unique et un service complet. Ils peuvent être conjoints ou solidaires. Le Code des marchés publics instaure un principe de liberté de groupement (art. 51).

### 3.1.1. Définition d'un GME

C'est une **juxtaposition d'entreprises**,

- qui mettent en commun leurs moyens (hommes, matériel, capacité financière, savoir-faire) ;
- pour faire ensemble ce que chacun n'a pas les moyens de faire séparément ;
- pour un chantier donné.

Aucune définition plus précise ne peut être donnée, pas plus légale que réglementaire, puisque les GME sont issus de la pratique.

Le Code des marchés publics, qui lui consacre au travers de l'article 51 toute une section (« Les groupements d'opérateurs économiques »), ne fournit aucune définition.

### 3.1.2. Avantages des GME

***Avantages pour le maître d'ouvrage :***

- le maître d'ouvrage a un interlocuteur unique : le mandataire ;
- le maître d'ouvrage peut avoir un responsable unique : le mandataire ;
- le maître d'ouvrage traite avec des entreprises spécialisées par corps d'état.

***Avantages pour les entreprises :***

- le groupement permet aux entrepreneurs d'accéder à de plus gros marchés que ceux qu'ils pourraient obtenir seuls ;
- il valorise l'entrepreneur par des contacts plus directs avec les clients ;
- il permet à l'entrepreneur d'obtenir des références plus prestigieuses que celles reçues en qualité de sous-traitant.

### 3.1.3. En quoi la cotraitance est-elle différente de la sous-traitance ?

**Dans un groupement d'entreprises, chaque cotraitant signe l'acte d'engagement** (ou donne pouvoir au mandataire de le signer en son nom). Chaque cotraitrant a ainsi un lien contractuel direct avec le maître d'ouvrage. En revanche, le sous-traitant, même payé directement par le maître d'ouvrage, n'a aucun lien contractuel direct avec lui.

**Dans un groupement d'entreprises, chaque cotraitant reste responsable de l'exécution de son lot envers le maître d'ouvrage**. En revanche, le sous-traitant, même payé directement, n'est pas responsable de l'exécution de son lot envers le maître d'ouvrage, mais uniquement envers son donneur d'ordre, l'entreprise principale, qui sous-traite sous sa responsabilité : c'est elle et elle seule qui est responsable vis-à-vis du maître d'ouvrage.

**Le mandataire du groupement ne donne pas d'ordres à ses partenaires**. Il n'est qu'un intermédiaire entre le maître d'ouvrage et le ou les autres cotraitants. Alors que l'entreprise générale est le donneur d'ordre du sous-traitant.

### 3.1.4. En quoi les GME diffèrent-ils des groupements permanents ?

Le GME est une juxtaposition temporaire de moyens, chaque cotraitant conservant le bénéfice de son activité. Le groupement momentané, conjoint ou solidaire, n'est constitué que pour un chantier donné et n'a pas la personnalité morale (pas de raison sociale, pas de capital social, pas droit d'ester en justice, pas de partage des pertes et des bénéfices).

Le groupement permanent est une mise en commun pérenne de moyens ; les bénéfices ou les pertes sont supportés par le groupement permanent. Le groupement permanent a la personnalité morale (sauf exception : société en participation ou société de fait), distincte de celle des entreprises qui le composent.

### 3.1.5. Initiative d'une dévolution en groupement

***En marchés publics***

La personne publique ne peut pas interdire l'accès des groupements d'entreprises aux marchés qu'elle envisage. Elle ne peut que, le cas échéant, préciser la forme du groupement qu'elle exigera après l'attribution du marché (art. 51-VII). Cette liberté de groupement des entreprises est donc totale, qu'il s'agisse de répondre pour l'ensemble de l'opération ou pour un seul lot.

*« Le respect du principe de libre entreprise qui signifie notamment que tout entrepreneur est libre d'exercer ou d'exploiter son activité professionnelle et de contracter,* ***ne permet pas aux acheteurs publics d'interdire l'accès des groupements d'entreprises aux marchés ou d'exiger que les candidats se présentent groupés*** *»* (Rép. min. du Commerce, *JO AN*, 23 juin 2009).

***En marchés privés***

Il n'existe aucune règle en matière de dévolution de marchés privés. Le maître d'ouvrage peut exiger ou interdire une dévolution en groupement d'entreprises. Si rien n'est prévu par le maître d'ouvrage dans le dossier de consultation, rien n'interdit à des entreprises groupées de soumissionner « tous corps d'état » et *a fortiori* pour un lot donné.

## 3.2. Les deux formes de groupements

Les entreprises peuvent se grouper en GME conjoint ou en GME solidaire.

### 3.2.1. Caractéristiques communes aux GME

**Chaque cotraitant a une relation contractuelle avec le client**. Dans un groupement, chaque entreprise est liée au pouvoir adjudicateur par un marché de travaux, même s'il n'existe qu'un seul acte d'engagement.

**Chaque entreprise demeure responsable de ses actes** ou défaillances et de leurs conséquences. Il est fortement souhaitable que chaque cotraitant s'engage, dans la convention de groupement, à faire son affaire personnelle de ses actes ou défaillances et à garantir le mandataire qui aurait été amené à se substituer à elle sur la demande du maître d'ouvrage.

**Existence d'un mandataire**. Le mandataire est l'interlocuteur unique du maître d'ouvrage. Il peut, si le marché le prévoit, être solidaire des autres cotraitants. La coordination interentreprises est assurée par le mandataire.

**Les GME n'ont pas la personnalité morale**. Il n'y a pas d'apport d'argent, ni partage des bénéfices ou des pertes résultant du marché. C'est ce qu'indique le Conseil d'État : « *En cas de groupement, les marchés sont censés être passés, non pas avec le groupement lui-même, mais avec ses différents membres, chacun d'entre eux ayant la qualité de cocontractant du maître d'ouvrage* » (CE, 9 décembre 1987, Chambre d'agriculture des Deux-Sèvres).

**Impossibilité d'imposer la forme d'un groupement sans nécessité**. Le maître d'ouvrage qui exige une transformation en GME solidaire doit être en mesure de démontrer que cette transformation est nécessaire à l'exécution du marché (article 51- VII du Code des marchés publics). La communauté urbaine de Strasbourg (CUS) a lancé une procédure pour la passation d'un marché pour des prestations qui étaient étroitement imbriquées (la mise à disposition, la pose, la maintenance, l'entretien et l'exploitation de mobiliers urbains sur l'ensemble de son territoire pour une durée de douze ans). Le règlement de la consultation prévoyait qu'en cas de groupement, la CUS exigerait que le groupement titulaire soit solidaire. La cour d'appel a considéré que « ***les prestations objet du marché étant ainsi étroitement imbriquées,*** *la CUS* ***a pu,*** *sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation,* ***considérer que l'exécution du marché rendait nécessaire la transformation de l'éventuel groupement attributaire en groupement solidaire*** » (CAA Nancy, 18 février 2013, Communauté urbaine de Strasbourg).

### 3.2.2. Le groupement conjoint

**Chaque entreprise n'est responsable que de la prestation qui lui a été impartie**. Le groupement est conjoint lorsque chacun des prestataires membres du groupement s'engage à exécuter la ou les prestations qui sont susceptibles de lui être attribuées dans le marché.

Les différents cotraitants ne sont pas tenus de réparer les fautes commises par l'un d'entre eux, ni de supporter les conséquences de leur éventuelle défaillance. Il n'y a pas de solidarité entre les entreprises.

En marchés publics, en cas de groupement conjoint, l'acte d'engagement est un document unique qui indique le montant et la répartition détaillée des prestations que chacun des membres du groupement s'engage à exécuter.

**Seul le mandataire**, **si le marché le prévoit**, **peut être solidaire des autres cotraitants vis-à-vis du maître d'ouvrage**. Dans ce cas, il répond du bon achèvement des travaux et doit pallier les défaillances de ses partenaires. Cela est rappelé au 3.5.1 du CCAG Travaux 2009 : « *En cas de groupement conjoint, le mandataire est solidaire, si les documents particuliers du marché le prévoient, de chacun des autres opérateurs du groupement dans les obligations contractuelles de celui-ci à l'égard du représentant du pouvoir adjudicateur jusqu'à la date, définie à l'article 44.1, à laquelle ces obligations prennent fin.* »

Un commentaire rappelle que : « *Lorsque le maître de l'ouvrage institue une règle de solidarité pour le mandataire du groupement, il doit le préciser dans les documents particuliers du marché.* »

Généralement – mais à vérifier marché par marché –, si le mandataire est solidaire, sa responsabilité solidaire cesse à l'expiration du délai de garantie de parfait achèvement (soit un an après la réception).

En marchés publics, il a été jugé que les obligations du mandataire d'un groupement conjoint perdurent sans besoin de prolongation après le délai de parfait achèvement pour les réserves notifiées à la réception et non levées (CE, 26 janvier 2007, Société Mas, entreprise générale ; CAA Paris, 5 juin 2007, Bibliothèque nationale de France).

En revanche, l'entreprise qui a exécuté le lot est responsable pendant toute la durée de la garantie décennale ou pendant toute la durée de la garantie de bon fonctionnement d'une durée minimale de deux ans.

**La solidarité du mandataire ne bénéficie qu'au maître d'ouvrage**. Elle n'existe ni à l'égard des autres membres du groupement, ni à l'égard des tiers (fournisseurs, sous-traitants des cotraitants, fisc…).

**Ce type de groupement se rencontre très souvent dans le secteur du bâtiment**, où les entreprises, par hypothèse, seront de corps d'état différents et de tailles différentes.

### 3.2.3. Le groupement solidaire

**Chaque cotraitant est responsable pour la totalité du marché**.

Toutes les entreprises sont liées solidairement vis-à-vis du maître d'ouvrage, et chacune est responsable pour le tout de l'inexécution des travaux incombant à l'une ou l'autre d'entre elles. Le maître d'ouvrage peut demander à n'importe laquelle des entreprises solidaires d'exécuter les travaux non accomplis par l'une d'elles.

Cette solidarité dure jusqu'à l'expiration du délai de garantie décennale ou de bon fonctionnement.

Cette solidarité profite au seul maître d'ouvrage. Elle n'existe ni à l'égard des tiers ni à l'égard des autres membres du groupement.

En marchés publics, en cas de groupement solidaire, l'acte d'engagement est un document unique qui indique le montant total du marché et l'ensemble des prestations que les membres du groupement s'engagent solidairement à réaliser.

Ce type de groupement est envisageable pour des entreprises de même spécialité et de même taille. **Il se rencontre fréquemment dans le secteur des travaux publics** ou, pour l'exécution d'un lot technique, dans le secteur du bâtiment.

**Un architecte ne peut pas être mandataire d'un groupement solidaire**, parce qu'il ne peut faire d'acte de commerce et que cela l'obligerait à faire des actes incompatibles avec sa profession (CE, 7 novembre 1986). Il peut, en revanche, être mandataire non solidaire d'un groupement conjoint. Il peut aussi être mandataire pour la partie « études » d'un marché de conception-réalisation, mais pas pour la partie « travaux ».

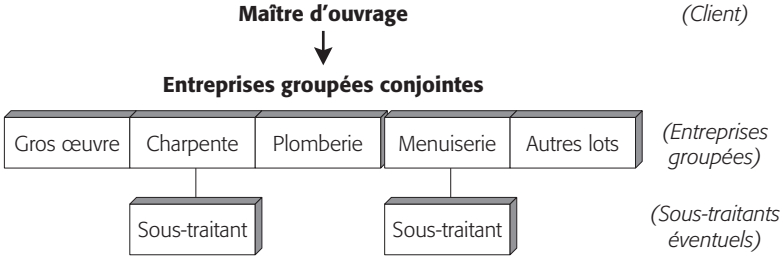
(Voir également point 3.3.4 sur la solidarité.)

### 3.2.4. Un cotraitant peut sous-traiter

Dans ce cas, il doit respecter la loi du 31 décembre 1975 et préalablement faire accepter son ou ses sous-traitants, et faire agréer leurs conditions de paiement par le maître d'ouvrage.

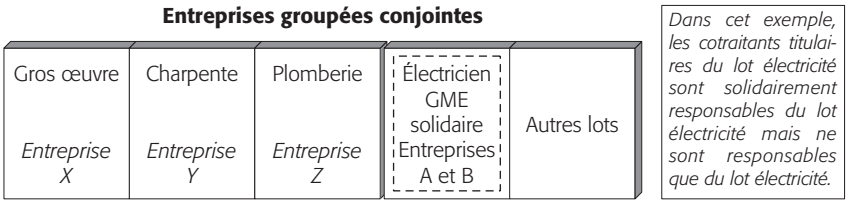
Le groupement, quant à lui, ne peut jamais sous-traiter : il n'a pas la personnalité morale et ce n'est pas lui qui détient le marché, mais chaque cotraitant pour sa part respective.

Le mandataire ne pourra lui aussi que sous-traiter sa seule part de marché.




### 3.2.5. Les deux types de groupements peuvent être combinés

Le marché peut être globalement attribué à des entreprises groupées conjointes et, parallèlement à l'intérieur de ce groupement, un ou plusieurs lots déterminés peuvent être exécutés par des entreprises groupées solidaires, et un ou plusieurs autres exécutés par des entreprises groupées conjointes.


Entreprises groupées conjointes
Gros œuvre
Entreprise X
Charpente
Entreprise Y
Plomberie
Entreprise Z
Électricien GME solidaire Entreprises A et B
Autres lots
Dans cet exemple, les cotraitants titulaires du lot électricité sont solidairement responsables du lot électricité mais ne sont responsables que du lot électricité.

## 3.3. Le fonctionnement des GME

### 3.3.1. Les précautions à prendre pour constituer et faire fonctionner un GME

**Lors de la constitution du groupement**. Un certain nombre de précautions doivent être prises pour éviter une éventuelle requalification du groupement par le juge en société de fait :

- démontrer la volonté de ne pas s'associer ;
- s'assurer que le mandataire a bien vérifié que tous les cotraitants ont bien remis l'ensemble des documents requis par le maître d'ouvrage pour soumissionner ;
- chaque entreprise doit acheter les matériaux et matériels pour ses besoins propres et non pour ceux du groupement. En cas de commandes groupées, les individualiser et demander une facture au nom de chaque entreprise ;
- ne jamais utiliser de papier à en-tête du groupement ou aux logos des entreprises groupées ni de cachet gravé au nom du groupement et, d'une façon générale, ne pas faire de publicité au nom du groupement ;
- en cas de prêt de matériel, un prix de location devra être réclamé aux utilisateurs ;
- paiement à un compte unique : effectuer le remboursement immédiat aux cotraitants.

**Lors de l'exécution des travaux.** Chaque cotraitant doit se sentir, dès le départ, concerné par la vie du groupement et ne pas se reposer complètement sur le mandataire commun.

Il doit s'entourer du maximum de garanties quant à la solvabilité de ses partenaires.

Il faut éviter le risque de requalification du groupement en société commerciale de fait, car chaque cotraitant pourrait se voir réclamer la totalité des dettes du groupement. La société de fait se verrait assujettie à toutes impositions, taxes et charges propres à une société.

Dans ce but, il est important de signer une convention de groupement indiquant clairement qu'il n'y a pas de volonté de créer une société.

### 3.3.2. Le statut, les missions et la rémunération du mandataire

Le statut du mandataire et l'étendue de ses responsabilités sont variables et dépendent à la fois des stipulations de la convention de groupement et de celles du marché de travaux.

Pour présenter une offre en groupement, puis pour exécuter le marché, les entreprises groupées doivent choisir parmi elles un mandataire. Il s'agit, en général, de l'entreprise qui détient la plus grosse part du marché.

Le mandataire ne peut exercer les fonctions particulières qui lui incombent **qu'en vertu d'un mandat** donné par les cotraitants. Cet acte, régi par les articles 1984 et suivants du Code civil, délimite précisément l'étendue des pouvoirs confiés au mandataire. Si le mandataire agit en dehors du cadre de son mandat, il n'engage pas les entreprises du groupement.

Le maître d'ouvrage doit être vigilant et vérifier, lors de la conclusion du contrat, que son interlocuteur a effectivement la qualité de mandataire ; à défaut, les membres du groupement ne sauraient être considérés comme valablement engagés au titre du marché. En effet, le marché n'est valable que si, à la date de la présentation des offres, le mandataire du groupement est dûment habilité à représenter les cotraitants (CE, 14 décembre 1988, Établissement public d'aménagement de la ville nouvelle de Saint-Quentin-en-Yvelines).

**Possibilité d'exiger du mandataire qu'il dispose de garanties financières suffisantes**. Le Conseil d'État précise qu'un pouvoir adjudicateur peut exiger que le mandataire du groupe-

ment, compte tenu de ses responsabilités propres, dispose de garanties notamment financières suffisantes, sans rechercher si une absence de telles garanties peut être compensée par celles offertes par les autres membres du groupement. Cette exigence devra figurer dans les documents de la consultation (CE, 24 juin 2011, Commune de Rouen).

**Groupement solidaire constitué de deux membres : la renonciation du mandataire à exécuter les travaux transfère le mandat à la seconde société**. En l'espèce, le cotraitant solidaire avait poursuivi et achevé seul les travaux, puis accepté et signé le décompte général. Le Conseil d'État a considéré que la renonciation au marché de la société mandataire originelle avait nécessairement eu pour effet, en l'absence d'autre cotraitant, de transférer le mandat à l'autre cotraitant. *« Ce dernier devenait le mandataire du groupement, seul habilité à présenter les projets de décomptes et à accepter et signer le décompte général*. » En conséquence, l'acceptation et la signature du décompte général par l'entreprise avaient donné à celui-ci un caractère définitif pour les deux membres du groupement. De plus, en l'absence de résiliation du marché et compte tenu de l'acceptation sans réserves du décompte général par l'entreprise devenue mandataire, l'administrateur de la société défaillante ne pouvait invoquer l'inopposabilité du décompte accepté et demander l'établissement du solde du décompte général de résiliation du marché à son profit (CE, 19 mars 2012, Communauté urbaine de Lyon).

**En pratique**, ce mandat est donné au moyen d'un **formulaire DC 1,** « Lettre de candidature, habilitation du mandataire par ses cotraitants », disponible sur le site du ministère de l'Économie : www.economie.gouv.fr. Un seul DC 1 est signé par tous les cotraitants. Chaque cotraitant joint un pouvoir et remplit son DC 2.

Par ce DC 1, le mandataire reçoit mandat de ses partenaires lui permettant d'être l'interlocuteur unique du maître d'ouvrage lors de la préparation comme de l'exécution du chantier.

Ses missions sont les suivantes :

- il remet les offres (initiales ou complémentaires) ;
- il transmet au maître d'ouvrage les demandes d'acceptation et d'agrément des sous-traitants éventuels de ses partenaires. Cependant, le mandataire commun n'est tenu d'aucune obligation vis-à-vis des sous-traitants de ses cotraitants (Cass. 3e civ., 28 septembre 2005, Société Bateg c/ société Ata Ventilation ; et CA Paris, 17 janvier 2008) ;
- il est également habilité à signer le marché ou les avenants concernant les lots des cotraitants ;
- il vise et transmet leurs mémoires ou situations de travaux ;
- il sert d'intermédiaire pour les réclamations ou demandes de travaux supplémentaires présentées par le maître d'ouvrage, mais en aucun cas ne peut répondre à la place de ses partenaires.

À ces missions peuvent s'ajouter celles :

- de coordonner le chantier (tenue du planning, organisation générale du chantier, etc.) ;
- de gérer le compte prorata, etc.

**Les obligations du mandataire d'un groupement conjoint perdurent après le délai de parfait achèvement pour les réserves notifiées à la réception et non levées**. **«** *Considérant* […] *que lorsque des travaux ou prestations sont rendus nécessaires par les désordres ayant donné lieu à des réserves de la part du maître d'ouvrage lors de la réception et que ces travaux ou prestations ne sont pas exécutés, les relations contractuelles se poursuivent au-delà de l'expiration du délai de garantie, même lorsqu'il n'a pas fait l'objet d'aucune mesure de prolongation, tant que les*

*réserves n'ont pas été levées ; qu'il en résulte qu'en cas de réserves opposées à des constructeurs membres d'un groupement conjoint, la responsabilité solidaire du mandataire de ce groupement peut être engagée sur un fondement contractuel jusqu'à la levée des réserves par le maître d'ouvrage* » (CE, 26 janvier 2007, Société Mas, entreprise générale ; et CAA Paris, 5 juin 2007, Bibliothèque nationale de France).

Lorsqu'il est prévu dans la convention de groupement que le mandataire est chargé de la souscription d'une assurance tous risques chantier pour le compte de l'ensemble des intervenants, et qu'il ne le fait pas, si un sinistre survient et que l'un des entrepreneurs groupés est lésé du fait de l'absence de garantie par l'assurance, la responsabilité du mandataire peut être recherchée par l'entreprise victime du sinistre (Cass. 3e civ., 16 septembre 2006).

**Groupement conjoint : seul le mandataire peut présenter le décompte général, même après l'expiration du délai de garantie…** « *Si en principe, lorsque le marché est confié à un groupement conjoint d'entrepreneurs, le mandataire de ce groupement ne représente les entrepreneurs conjoints vis-à-vis du maître d'ouvrage* […] *que jusqu'*à l'*expiration du délai de garantie des travaux, il demeure, même après l'expiration de ce délai, seul habilité à présenter les projets de décomptes, à accepter le décompte général et à présenter, le cas échéant, le mémoire de réclamation* […] » (CE, 6 juillet 2005, Société bourbonnaise de TP et de construction).

**… même en cas de résiliation du marché**. « *Faute de présentation par le mandataire du projet de décompte final du groupement après la résiliation du marché,* [et] *en présentant directement au maître d'ouvrage une demande tendant à lui payer les prestations qu'il aurait effectuées, le bureau d'*études a fait une application erronée des stipulations du cahier des clauses administratives générales des marchés publics de conception-réalisation [applicable dans le présent litige] […] ». La Cour rejette la demande du bureau d'études car « *dès lors qu'aucune pièce du marché ne prévoit de dérogation à ces stipulations, le bureau d'*études ne peut utilement faire valoir que la société [mandataire] *aurait été défaillante et n'aurait pas transmis le projet de décompte qu'il lui avait adressé* » (CAA Bordeaux, 11 mars 2014, Société BETEM Ingénierie).

**Cessation de la représentation mutuelle des membres d'un groupement solidaire lorsqu'ils formulent dans la même instance des conclusions divergentes.** Le Conseil d'État juge que « *les entreprises ayant formé un groupement solidaire pour l'exécution du marché dont elles sont titulaires sont réputées se représenter mutuellement dans toutes les instances relatives aux obligations attachées à l'exécution de ce marché. Par conséquent, la requête par laquelle l'un des membres du groupement solidaire demande l'annulation du jugement ayant condamné ses membres, sur le fondement de leur responsabilité contractuelle, à indemniser leur cocontractant doit en principe être regardée comme présentée au nom et pour le compte des membres du groupement. Toutefois, la représentation mutuelle de membres du groupement cesse lorsque, présents dans l'instance, ils formulent des conclusions divergentes* » (CE, 31 mai 2010, Bureau de conception et de coordination du bâtiment).

**La rémunération du mandataire** doit être prévue dans la convention de groupement. Elle se fera soit par les membres du groupement eux-mêmes, cette dépense est alors incluse dans leur devis de travaux, soit par le maître d'ouvrage au titre du lot du mandataire ou d'un lot distinct (« coordination » généralement).

### 3.3.3. La rémunération des cotraitants

**Les cotraitants conjoints** seront payés individuellement et directement par le maître d'ouvrage. Leurs décomptes sont décomposés en autant de parties qu'il y a d'entrepreneurs à payer séparément, à concurrence du montant dû à chacun.

**Les cotraitants solidaires** seront payés soit individuellement soit sur un compte commun, ce qui n'est pas sans présenter quelques difficultés en cas de dépôt de bilan de l'un des membres. Si une individualisation des créances est possible, le règlement pourra être effectué soit à des comptes distincts soit à un compte unique ouvert au nom des entreprises groupées ; les mandats porteront alors au verso la somme revenant à chaque entreprise dans le montant total. En tout état de cause, ce compte commun doit être uniquement un compte de passage. Les sommes doivent être rapidement transférées sur les comptes de chaque cotraitant.

### 3.3.4. Les deux aspects des groupements

Tout groupement d'entreprises est caractérisé par au moins deux contrats : le marché de travaux et la convention de groupement (auxquels peuvent s'ajouter des contrats de sous-traitance).

#### *1. Le marché de travaux*

Le **marché de travaux** lie le maître d'ouvrage à chacune des entreprises représentées par le mandataire. Il définit les travaux à réaliser, le délai d'exécution, les conditions financières…

Le marché sera public ou privé en fonction de la qualité du maître d'ouvrage.

Les tribunaux compétents seront : les tribunaux de l'ordre administratif si le maître d'ouvrage est public, les tribunaux de l'ordre judiciaire si le maître d'ouvrage est privé.

#### *2. La convention de groupement*

**La convention de groupement momentané d'entreprises** est un contrat à part entière. Elle doit être distinguée du marché, lequel ne régit pas les relations des cotraitants entre eux. Cette convention est cependant subordonnée au marché : son existence est liée à l'obtention de celui-ci par le groupement. De plus, un contrat de cotraitance ne saurait survivre au marché qui lui sert de support.

La convention de groupement n'a pas de statut légal. Aucune disposition n'en impose la conclusion mais, en pratique, les entreprises ont besoin d'un instrument pour organiser le fonctionnement du groupement et ses relations avec le maître d'ouvrage. Toutefois, le formalisme nécessaire à l'existence d'un mandat (Code civil, art. 1984 et suiv.) doit être respecté puisque la convention a notamment pour objet la désignation d'un mandataire commun.

La convention de groupement d'entreprises fixe l'ensemble des règles qui régissent les relations interentreprises. Elle définit le rôle du mandataire et sa rémunération, le rôle des cotraitants, les responsabilités, la défaillance… Le contenu de la convention est déterminé par les parties en toute liberté.

**Les organisations professionnelles ont élaboré des modèles pour faciliter la tâche de leurs adhérents**. Il est conseillé d'utiliser ces conventions types :

- Convention de groupement momentané d'entreprises conjointes (SEBTP, 6-14, rue La Pérouse, 75784 Paris Cedex 16, ou www.sebtp.fr) ;

- Convention de groupement momentané d'entreprises solidaires (SEBTP, 6-14, rue La Pérouse, 75784 Paris Cedex 16).

La liste des clauses figurant généralement dans les conventions de groupement est la suivante :
- identité des parties ;
- objet et durée du groupement ;
- désignation, attributions et, éventuellement, rémunération d'un mandataire ;
- répartition des travaux du marché ;
- obligations envers le maître d'ouvrage (notamment, stipulation du caractère solidaire ou conjoint du groupement) ;
- modalités de paiement ;
- garanties et assurances ;
- modalités du recours à la sous-traitance ;
- défaillance de l'un des membres ;
- règlement des litiges.

**Les tribunaux de l'ordre judiciaire sont toujours compétents** pour les litiges entre cotraitants ou avec le mandataire, même lorsque le marché est un marché public.

### 3.3.5. Les principales difficultés

#### *1. La solidarité*

**La solidarité ne joue que vis-à-vis du maître d'ouvrage**.

**L'étendue de la solidarité du mandataire et des cotraitants solidaires doit être indiquée dans le marché**. Lorsque la convention de groupement momentané ne précise pas le caractère conjoint ou solidaire du groupement, et lorsque les documents contractuels sont également muets sur ce point, il appartiendra, le cas échéant, au maître d'ouvrage de démontrer en justice la solidarité des entreprises à son égard.

**La solidarité ne se présume jamais, sauf en matière commerciale**. « *On ne saurait déduire de ce groupement, en l'absence d'une clause expresse, une solidarité entre les entreprises, chacune étant responsable de ses propres travaux et l'entreprise pilote n'étant pas tenue de l'exécution des obligations des autres entreprises. Considérant dans ces conditions que la société T doit être mise hors de cause, en ce qui concerne les dommages et intérêts formulés contre elle au titre de la solidarité* » (CA, 26 avril 1979).

**La solidarité ne se présume point, mais elle peut se déduire des conditions de la convention**. Il ressort de l'article 1202 du Code civil que « *la solidarité ne se présume point. Il faut qu'elle soit expressément stipulée.* » Il n'est pas pour autant nécessaire que figurent dans la convention les mots « solidaire » ou « solidairement ». Il suffit simplement d'indiquer que les codébiteurs doivent chacun la totalité de la dette. Une cour d'appel est approuvée par la Cour de Cassation en ce qu'elle a souverainement déduit d'une convention d'ingénierie passée avec un groupement d'entreprises faisant état des obligations et de la responsabilité de groupement sans distinguer les obligations et les responsabilités de chacun des contractants, et sans différencier les honoraires, chacun percevant la même quote-part de la rémunération de chaque élément de mission quel que soit le travail accompli, que les cocontractants étaient engagés

solidairement vis-à-vis du maître d'ouvrage (Cass. 3e civ., 11 juillet 2012, SA IARD c/ SCI GL).

**Toutefois, l'article L. 111-3-2** du Code de la construction et de l'habitation (issu de la loi sur la transition énergétique et pour la croissance verte à paraître) est ainsi rédigé : « *Les* ***marchés privés*** *de* ***bâtiment*** *portant sur des* ***travaux*** *et prestations de* ***s****ervice* réalisés en cotraitance *dont le montant* ***n'excède pas 100 000 € hors taxes comportent, à peine de nullité,*** *les mentions suivantes* :

*1° L'identité du maître d'ouvrage ainsi que celle des cotraitants devant exécuter les travaux ou prestations de service ;*

*2° La nature et le prix des travaux ou prestations de service devant être réalisés par chaque cotraitant de façon détaillée ;*

*3°* ***La mention expresse de l'existence ou non de la solidarité juridique des cotraitants envers le maître d'ouvrage*** *;*

*4°* ***Le nom et la mission du mandataire commun des cotraitants****. Cette mission, qui consiste notamment à transmettre des informations et documents ainsi qu*'à coordonner les cotraitants sur le chantier, ne peut être étendue à des missions de conception et de direction de chantier assimilables à un*e activité de maîtrise d'œuvre*. »

**En groupement d'entreprises conjointes**, les cotraitants ne sont pas solidaires les uns des autres. Seul le mandataire peut (si le marché le prévoit) être solidaire des cotraitants vis-à-vis du maître d'ouvrage, pendant l'exécution du marché et pendant l'année de parfait achèvement (généralement, un an après la réception), et même au-delà pour les réserves à la réception non levées.

En l'absence de stipulation dans le contrat, la désignation d'un mandataire pour représenter les membres d'un groupement solidaire d'entreprises auprès du maître d'ouvrage *n'a pas pour effet de confier à ce mandataire la représentation exclusive des autres entreprises devant le juge du contrat* (CE, 25 juin 2004, Syndicat intercommunal de la vallée de l'Ondaine).

**En groupement d'entreprises solidaires** : le mandataire et tous les cotraitants sont solidaires vis-à-vis du maître d'ouvrage (généralement, dix ans après la réception). Le marché peut, cependant, toujours prévoir une durée plus courte.

**La constitution d'un groupement solidaire vaut engagement de chacun de ses membres à l'égard du maître d'ouvrage pour la totalité de la prestation contractuelle commandée**. Chaque membre du groupement est codébiteur solidaire de l'ensemble de la prestation prévue au contrat, même si, par une convention à laquelle le maître d'ouvrage est étranger, les intéressés se sont réparti les lots (CE, 25 juin 2004, Syndicat intercommunal de la vallée de l'Ondaine).

**L'absence de faute ou de participation d'une entreprise aux travaux est sans incidence sur la solidarité**. La solidarité rend chacune des entreprises qu'elle lie responsable de l'exécution de la totalité des obligations découlant du contrat. Dès lors, les entreprises qui s'engagent solidairement envers le maître d'ouvrage à réaliser une opération de construction s'engagent également solidairement à réparer le préjudice subi par le maître d'ouvrage du fait des manquements dans l'exécution de leurs obligations contractuelles, et il n'est pas possible pour une entreprise de demander à être mise hors de cause au motif de son absence de participation effective aux travaux à l'origine du dommage : « *Considérant qu'un constructeur ne peut échapper à sa responsabilité conjointe et solidaire avec les entreprises cocontractantes au motif qu'il n'a pas réellement participé aux travaux révélant un tel manquement que si une convention, à*

*laquelle le maître d'ouvrage est partie, fixe la part qui lui revient dans l'exécution des travaux* » (CE, Région Aquitaine, 29 septembre 2010).

**Les entreprises qui se sont engagées solidairement sont réputées s'être donné mandat tacite de se représenter** sans qu'il soit besoin que la convention de mandat le mentionne expressément. Dès lors que la solidarité s'étend à l'obligation de réparer les désordres au titre de la garantie décennale des constructeurs, la représentation mutuelle en justice se poursuit pour les besoins de cette réparation, même si une convention de droit privé (et non opposable au maître de l'ouvrage) en prévoit l'expiration (CE, 11 mai 2011, n° 327452).

**Groupement solidaire. Les cotraitants gardent la possibilité de s'adresser au juge pour obtenir le paiement du solde global du marché**. En l'absence de stipulation dans le contrat, la désignation d'un mandataire pour représenter les membres du groupement auprès du maître d'ouvrage n'a pas pour effet de confier à ce mandataire la représentation exclusive, devant le juge du contrat, des autres entreprises solidaires, qui gardent donc la possibilité de saisir le tribunal pour obtenir le paiement du solde global du marché (CAA Bordeaux, 29 novembre 2012, Société Hervé Thermique et Société Crystal).

#### *2. Les assurances*

**Chaque cotraitant doit être assuré pour l'ensemble de ses prestations** :

- responsabilité civile pour les dommages causés à autrui (accident…) ;
- dégâts des eaux, incendie, explosion, foudre ;
- effondrement en cours de travaux ;
- responsabilité décennale et garantie de bon fonctionnement.

**Lorsque l'entreprise intervient dans un groupement momentané d'entreprises conjointes**, il n'y a pas de problème de garantie (sauf pour l'entreprise qui assume le rôle de mandataire). Le marché de l'entreprise assurée est identifiable, et elle ne répond pas de la conséquence de la défaillance d'une ou de plusieurs entreprises groupées dans l'exécution des marchés ou en cas de dommages. Chaque membre ne doit donc être titulaire que d'assurances couvrant les risques qu'il peut encourir au titre de son lot (et, éventuellement, au titre des travaux sous-traités). Le choix est laissé aux entreprises de garder leurs polices d'assurance individuelles ou bien de demander au mandataire de souscrire une assurance pour le groupement auprès d'une compagnie d'assurances pour le compte du groupement.

**Dans la situation d'un groupement momentané d'entreprises solidaires, ou dans le cas du mandataire solidaire d'un groupement conjoint**, le contrat d'assurance de base de l'entreprise membre du groupement (ou celui du mandataire) nécessite des aménagements, notamment pour couvrir la solidarité contractuelle vis-à-vis du maître d'ouvrage en cas de dommages causés en cours de travaux ou après réception.

**Le mandataire solidaire doit faire garantir dans son contrat d'assurance les missions spéciales** (de coordination, de représentation…) qui pèsent sur lui et couvrir sa responsabilité spécifique de mandataire.

**Pour les grands chantiers dont le coût global de construction est supérieur à 15 M€**, il y a lieu de vérifier les modalités prévues dans le marché pour la mise en place au niveau du chantier d'une police collective d'assurance décennale bénéficiant à tous les intervenants et venant compléter les polices d'assurance décennale souscrites, individuellement ou par le groupement.

Le CCAG Travaux 2009 précise dans un commentaire sous l'article 9 : « *Le recours à une police d'assurance complémentaire collective de responsabilité décennale peut être prévu par le maître d'ouvrage, notamment dans le cadre de travaux allotis.* ***Les documents particuliers du marché doivent alors mentionner le montant estimé du coût de l'opération, honoraires compris, les plafonds fixés pour les assurances individuelles, les modalités de souscription, et préciser qui doit être le souscripteur de la police collective***. »

#### *3. Les pénalités*

**Pour les marchés privés** qui s'y réfèrent, la norme Afnor NF P 03-001, articles 9.7.1 et 9.7.2, prévoit que la **répartition**, entre les entrepreneurs, des primes ou des pénalités est **proposée au maître d'ouvrage par le mandataire**, par l'intermédiaire du maître d'œuvre. Faute de proposition dans un délai de trente jours, le maître d'ouvrage règle directement la répartition : les imputations ou augmentations résultantes étant réparties sur le décompte définitif de chacun des entrepreneurs.

**Dans les marchés publics**, l'article 20.7 du CCAG Travaux 1976 répartit les pénalités et primes entre les cotraitants, **conformément aux indications données par le mandataire**, sauf stipulations différentes du CCAP.

Mais si le mandataire chargé de la répartition des pénalités de retard favorise dans cette répartition une de ses filiales au détriment d'un autre cotraitant qui n'est pas, lui, une de ses filiales, il pourra être condamné envers le cotraitant lésé (Cass. 3e civ., 30 octobre 1990).

Lorsque le mandataire n'a pas prévu les modalités d'une telle répartition, les pénalités doivent être recouvrées à son encontre et ne peuvent être imputées à un autre entrepreneur (CE, 17 mars 1999, Syndicat intercommunal des eaux de Pointe-à-Pitre).

Le juge administratif s'est reconnu le pouvoir de modérer le montant des pénalités si ces pénalités atteignent une somme manifestement excessive eu égard au montant du marché. (CE, 29 décembre 2008, OPHLM de Puteaux c/ SARL Serbois).

Enfin, l'acheteur public peut valablement décider de renoncer purement et simplement à l'application des pénalités. Cette renonciation au bénéfice des pénalités pourra être formalisée par avenant ou bien résulter de la prolongation unilatérale du délai d'exécution consentie par le maître d'ouvrage (CE, 17 mars 2010, Commune d'Issy-les-Moulineaux).

#### *4. La défaillance*

**Seule la défaillance d'un des membres du groupement autorise la modification du groupement en cours d'exécution**. Un avenant doit alors être conclu pour organiser la poursuite de l'exécution du contrat dans le cadre d'un groupement réduit.

Lorsque l'entreprise défaillante est mandataire du groupement, les cotraitants doivent proposer au pouvoir adjudicateur un nouveau mandataire choisi parmi eux.

En cas de groupement conjoint, chaque cotraitant n'est engagé que sur les prestations qui lui sont confiées. En cas de défaillance de l'un d'entre eux, et si le mandataire n'est pas solidaire, un marché de substitution doit être passé par le pouvoir adjudicateur pour la part des prestations non exécutées.

Si le mandataire du groupement conjoint est solidaire, l'article 48-7 du CCAG Travaux stipule que celui-ci doit se substituer au défaillant. À défaut, un marché de substitution doit être passé. Pour le reste des prestations, si les membres du groupement le souhaitent, ceux-ci peuvent poursuivre les travaux dans le cadre d'un groupement réduit. Si les membres du

groupement ne souhaitent pas poursuivre les travaux selon ces nouvelles conditions, le pouvoir adjudicateur résilie la totalité du marché (Rép. min., *JO* 15 octobre 2013).

#### *5. Les règles à appliquer en cas de défaillance due à un redressement judiciaire (RJ) ou à une liquidation judiciaire (LJ)*

Il appartient au maître d'ouvrage informé, le cas échéant, par les autres cotraitants, de mettre en demeure l'administrateur (RJ) ou le liquidateur (LJ) de se prononcer sur le sort du marché du cotraitant défaillant, puisqu'eux seuls peuvent décider de sa poursuite ou de sa résiliation (cette procédure est décrite dans les conventions types de groupements momentanés rédigées par les organisations professionnelles – cf. articles L. 622-13, L. 631-14 ou L. 641-11-1 du Code de commerce, en cas de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire).

#### *6. Les qualifications d'entreprises*

L'article 52 du Code des marchés publics (I dernier alinéa) précise : « *En cas de groupement, **l'appréciation des capacités** professionnelles, techniques et financières d'un groupement **est globale**. Il n'est pas exigé que chaque membre du groupement ait la totalité des compétences techniques requises pour l'exécution du marché.* »

Ce n'est donc pas tous les cotraitants qui doivent avoir les qualifications, il suffit que l'ensemble des qualifications requises se retrouve dans le groupement.

#### *7. Le respect des règles de concurrence*

Il convient de rappeler que le groupement d'entreprises ne doit pas porter atteinte aux règles de transparence et de libre concurrence. L'article 51-I rappelle d'ailleurs que « *les opérateurs économiques sont autorisés à se porter candidats sous forme de groupement solidaire ou de groupement conjoint **sous réserve du respect des règles relatives à la concurrence**.* »

La réponse en groupement ne doit notamment pas aboutir à une entente illicite prohibée par l'ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence.

**Comment éviter une entente dans un groupement ?** Les entreprises qui souhaitent répondre en groupement doivent échanger nécessairement un certain nombre d'informations. L'Autorité de la concurrence reconnaît que de tels échanges sont possibles pour autant qu'ils ne conduisent pas à fausser la concurrence. L'Autorité de la concurrence a, dans un premier temps, rappelé sa position sur le sujet dans le domaine des marchés publics : *« Il est établi que des entreprises ont conclu une entente dès lors que la preuve est rapportée, soit qu'elles sont convenues de coordonner leurs offres, soit qu'elles ont échangé des informations antérieurement à la date où le résultat de l'appel d'offres est connu ou peut l'être.* » Cependant, cette règle doit être aménagée pour les groupements d'entreprises. En effet, elle considère que « *les entreprises qui souhaitent répondre en groupement à un appel d'offres ou à un appel public à candidatures doivent échanger nécessairement un certain nombre d'informations en vue de la constitution du groupement. L'Autorité de la concurrence reconnaît que de tels échanges sont possibles pour autant qu'ils ne conduisent pas à fausser la concurrence dans l'hypothèse où le projet de groupement serait abandonné et où les entreprises ayant participé à ces échanges souhaiteraient déposer individuellement une offre* (décision 09-D du 2 juin 2009).

**À noter que l'identité des montants des offres suffit à démontrer l'absence d'indépendance**. L'Autorité de la concurrence sanctionne deux entreprises qui remettent des offres d'un

montant strictement identique : « *S'il n'est pas exclu que des entreprises étant entrées en contact en vue d'établir un groupement pour répondre à un appel d'offres présentent ensuite, en cas d'échec de cette tentative, des offres individuelles, c'est à la condition que les informations précédemment échangées entre elles n'altèrent pas l'indépendance de ces offres individuelles, ce qu'il leur appartient de démontrer en présence d'indices laissant au contraire supposer l'absence d'indépendance de leurs offres* » (décision 10-D-10 du 10 mars 2010).

#### *8. Les règles spécifiques aux marchés publics*

**L'obligation de constituer un groupement ne porte pas atteinte aux principes de la commande publique**. Pour le Conseil d'État, l'acheteur qui impose aux entreprises de se porter candidates à une délégation de service public sous la forme d'un groupement ou par le biais d'un sous-traitant ne méconnaît pas les principes de libre accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats : « *La circonstance que des candidats doivent s'associer par la constitution d'un groupement ou prévoir de recourir à un sous-traitant pour présenter leur candidature à une délégation de service public ne peut constituer en soi une atteinte aux principes de libre accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats* » (CE, 13 juillet 2012, Commune d'Aix-en-Provence).

**Interdiction de modifier le groupement entre la remise des candidatures et la remise des offres**. « *La composition du groupement ne peut être modifiée entre la date de remise des candidatures et la date de signature du marché.* ***Toutefois****, si le groupement apporte la preuve qu'un de ses membres est mis en liquidation judiciaire ou qu'il se trouve dans l'impossibilité d'accomplir sa tâche pour des raisons qui ne sont pas de son fait, il peut demander au pouvoir adjudicateur l'autorisation de continuer à participer à la procédure de passation sans cet opérateur défaillant, en proposant le cas échéant à l'acceptation du pouvoir adjudicateur un ou plusieurs sous-traitants. Le pouvoir adjudicateur se prononce sur cette demande après examen de la capacité professionnelle, technique et financière de l'ensemble des membres du groupement ainsi transformé et, le cas échéant, des sous-traitants présentés à son acceptation* » (article 51-V du Code des marchés publics).

**La personne publique peut imposer au groupement, après attribution du marché, une nouvelle forme, à condition** que cette obligation ait été mentionnée dans le règlement de la consultation. Le passage d'un groupement d'une forme à une autre ne peut être exigé pour la présentation de l'offre, mais le groupement peut être contraint d'assurer cette transformation lorsque le marché lui a été attribué, si cette transformation est nécessaire pour la bonne exécution du marché. Dans ce cas, la forme imposée après attribution est mentionnée dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation (art. 51-VII). Le pouvoir adjudicateur est libre d'imposer ou non une forme particulière de groupement au stade de l'attribution du marché, mais s'il l'impose, cette forme doit avoir été mentionnée clairement dès le départ dans les documents de la consultation (CE, 29 octobre 2007, Communauté d'agglomération du pays voironnais).

**Impossibilité d'imposer la forme d'un groupement sans nécessité**. La Communauté urbaine de Strasbourg (CUS) a lancé une procédure pour la passation d'un marché pour des prestations qui étaient étroitement imbriquées (la mise à disposition, la pose, la maintenance, l'entretien et l'exploitation de mobiliers urbains sur l'ensemble de son territoire pour une durée de douze ans). Le règlement de la consultation prévoyait qu'en cas de groupement, la CUS exigerait que le groupement titulaire soit solidaire. La cour d'appel a considéré que « *les prestations objet du marché étant ainsi étroitement imbriquées, la CUS a pu, sans commettre*

*d'erreur manifeste d'appréciation, considérer que l'exécution du marché rendait nécessaire la transformation de l'éventuel groupement attributaire en groupement solidaire » (CAA Nancy, 18* février 2013, Communauté urbaine de Strasbourg).

**Possibilité d'interdire de présenter des offres à plusieurs titres**. Le règlement de la consultation peut interdire aux candidats de présenter pour le marché, ou un de ses lots, plusieurs offres en agissant à la fois en qualité de candidats individuels ou de membres d'un ou plusieurs groupements. « *L'avis d'appel public à la concurrence ou le règlement de la consultation peut interdire aux candidats de présenter pour le marché ou certains de ses lots plusieurs offres en agissant à la fois : 1°) En qualité de candidats individuels et de membres d'un ou plusieurs groupements ; 2°) En qualité de membres de plusieurs groupements* » (art. 51-VI).

Il ne s'agit pas, comme pour le point précédent, d'une interdiction générale mais d'une possibilité laissée à l'appréciation de la personne publique de refuser au cas par cas les candidatures multiples ; elle ne trouvera pas à s'appliquer lorsque la participation d'une même entreprise à plusieurs groupements est objectivement incontournable, par exemple parce que cette entreprise sera seule capable de réaliser une partie des prestations demandées.

Cette disposition n'interdit pas, dans le cas des opérations comportant plusieurs lots, à une même entreprise de présenter une offre pour plusieurs lots, éventuellement dans des groupements différents selon les lots ou encore de façon individuelle pour certains lots et en groupements pour d'autres.

#### *9. La cession de créances*

Lorsqu'une entreprise, de par sa situation de trésorerie négative, ne peut couvrir la totalité de ses besoins en fonds de roulement, elle doit solliciter un concours bancaire. Lorsque les besoins de l'entreprise sont à la fois de courte durée et de faible ampleur, ils seront en général couverts par une facilité de caisse ou une autorisation de découvert. En revanche, lorsque les besoins de l'entreprise deviennent permanents ou sont de forte ampleur, le banquier cherche généralement à couvrir son risque par une garantie.

La technique la plus fréquemment utilisée dans ce cas est la cession de créances qui permet à l'entreprise d'obtenir le crédit qui lui est nécessaire en cédant à son banquier des créances qu'elle détient. Cette technique, lorsqu'elle porte sur des créances publiques, obéit à des modalités spécifiques, même si elle est mise en œuvre dans le cadre de la loi Dailly du 2 janvier 1981 modifiée.

Le système de l'exemplaire unique (ou celui du certificat de cessibilité – article 106 du Code des marchés publics et arrêté du 28 août 2006) vise à éviter, d'une part, que la même créance soit cédée ou nantie deux ou plusieurs fois, partiellement ou en totalité, et d'autre part, qu'une entreprise ait la possibilité de céder (ou nantir) la créance d'une autre.

Mais il convient d'être particulièrement vigilant dans la délivrance et le suivi de l'exemplaire unique en cas de marché exécuté en groupement d'entreprises, surtout s'il s'agit d'un groupement solidaire sans individualisation des prestations (cf. *infra* chapitre 12, 1.6 « Cession ou nantissement des créances résultant d'un marché public »).

#### *10. La compétence du juge*

**En matière de travaux publics**, en raison du caractère attractif de la notion de travaux publics, **un litige opposant deux personnes privées ressortit de la compétence du juge administratif, sauf si ces personnes sont liées par un contrat de droit privé**. « *Considérant*

*que le litige né de l'exécution d'un marché de travaux publics et opposant des participants à l'exécution de ces travaux relève de la compétence de la juridiction administrative, sauf si les parties en cause sont unies par un contrat de droit privé* » (CE, 3 novembre 2006, Société Betom Ingénierie).

***REVIREMENT DE JURISPRUDENCE en 2015***

**Le périmètre d'intervention du juge administratif s'agrandit pour ce qui concerne les actions en garantie**. Les appels en garantie entre constructeurs suite à un litige opposant un maître d'ouvrage à un groupement d'entreprises, dans le cadre d'un marché public de travaux, relèvent de la compétence du juge administratif. **Y compris lorsque la répartition des prestations entre les membres du groupement est déterminée par un contrat de droit privé**.

Les membres d'un groupement d'entreprises, opposés à un maître d'ouvrage dans un litige né de l'exécution d'un marché public de travaux, peuvent s'appeler en garantie entre eux. Le juge administratif est compétent pour connaître de ces actions. Cependant, en vertu d'une jurisprudence du Tribunal des conflits de 1997 (TC, 24 novembre 1997, n° 03060), cette compétence ne couvrait pas les litiges entre parties unies par un contrat de droit privé. Mais dans une décision du 9 février 2015, le Tribunal des conflits a fait évoluer sa position. Désormais, **le juge administratif est compétent lorsque le marché public indique la répartition des prestations entre les membres du groupement. Il l'est aussi, et c'est nouveau, quand la répartition des prestations n'est pas indiquée dans le marché, mais est issue d'un contrat de droit privé conclu entre les membres du groupement**. Seule limite à cette nouvelle jurisprudence : sont écartés les cas « *où la validité ou l'interprétation de ce contrat* [de droit privé conclu entre les constructeurs] *soulèverait une difficulté sérieuse* », indique le Tribunal des conflits (TC, 9 février 2015, n° 3983).

# 4. La sous-traitance

## 4.1. Règles communes à tous les marchés de sous-traitance

### 4.1.1. Généralités

La sous-traitance dans les marchés de travaux est régie par la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 (modifiée). C'est **une loi d'ordre public** à laquelle les parties ne peuvent déroger.

Depuis 2007, la loi de 1975 est devenue **une loi de police**, qui ne peut être écartée dans un contrat international au profit d'un droit étranger lorsque l'immeuble est situé en France (Cass., Ch. mixte, 30 novembre 2007, Société Agintis ; et Cass. 3e civ., Société Unillin). La Cour de cassation a également précisé que, dans le cas où un maître d'ouvrage a confié un marché à une société de droit allemand, qui a elle-même sous-traité une partie à une entreprise belge, le produit fini étant destiné à une installation située en France, la loi française du 31 décembre 1975, en ses dispositions protectrices du sous-traitant, s'applique à ce contrat (Cass. 3e civ., Société Saint Louis Sucre c/ Wiedermann, 25 février 2009).

Ainsi le droit de la sous-traitance apparaît-il s'inscrire dans un cadre juridique contraignant s'imposant aux intervenants à l'acte de construire sous réserve des contrats internationaux ayant pour objet la réalisation d'un ouvrage implanté dans un pays étranger et pour lesquels le contrat fixerait l'application d'un autre régime juridique.

**Définition**. L'article premier de la loi du 31 décembre 1975 (modifiée par la loi n° 2001-1148 du 11 décembre 2001 et celle n° 2005-845 du 26 juillet 2005) définit la sous-traitance comme « *l'opération par laquelle un entrepreneur confie* ***par un sous-traité****, et* ***sous sa responsabilité****, à une autre personne appelée* ***sous-traitant, l'exécution*** *de tout ou partie du contrat d'entreprise ou* ***d'une partie du marché public*** *conclu avec le maître d'ouvrage ».*

La sous-traitance est l'opération par laquelle un entrepreneur (appelé « entrepreneur principal ») confie sous sa responsabilité à un autre entrepreneur (appelé « sous-traitant ») l'exécution :

- de tout ou partie du marché privé ;
- ou d'une partie du marché public conclu avec le maître d'ouvrage.

La sous-traitance définie par la loi implique l'intervention de **trois personnes** et la conclusion consécutive **d'au moins deux contrats d'entreprise** : le marché principal conclu entre le maître d'ouvrage et l'entrepreneur principal, et le contrat de sous-traitance conclu entre l'entrepreneur principal et le sous-traitant chargé d'exécuter tout ou partie du marché principal.

L'entrepreneur principal répond de son sous-traitant comme de lui-même. Les travaux sous-traités sont réalisés **sous sa responsabilité**. À l'égard du maître d'ouvrage, l'entrepreneur est tenu d'une obligation de résultat. La faute du sous-traitant engage la responsabilité contractuelle de l'entrepreneur principal à l'égard du maître d'ouvrage.

L'entrepreneur principal est responsable à l'égard du maître d'ouvrage, mais aussi des propriétaires successifs, des fautes de ses sous-traitants (Cass. 3e civ., 12 juin 2013, Société Becker industrie et société Soprema).

Mais l'entrepreneur principal (sauf faute caractérisée de sa part) n'est pas responsable des dommages causés aux tiers par son sous-traitant, conformément à l'article 1382 du Code civil (Cass. 3e civ., 8 septembre 2009, à propos de travaux de terrassement ayant endommagé la canalisation d'un tiers).

**L'auto-entrepreneur** (dispositif créé par la loi de modernisation de l'économie, dite LME, n° 2008-776 du 4 août 2008 pour permettre à toute personne physique, étudiant, salarié, profession libérale, retraité, demandeur d'emploi, entrepreneur quel que soit son domaine d'activité, d'exercer simplement et dans des conditions avantageuses une activité sous forme d'entreprise individuelle) **peut être sous-traitant d'un marché public comme tout autre opérateur économique** (rép. min., 30 septembre 2008) (cf. le point 6 du présent chapitre).

**Le sous-traitant** chargé de l'exécution d'une partie des travaux **ne contracte** qu'avec l'entrepreneur principal et **pas avec le maître d'ouvrage**, ce qui distingue d'ailleurs la sous-traitance de la cotraitance.

Dès l'article 2, **la loi a prévu la sous-traitance en chaîne ou sous-traitance indirecte**. Le sous-traitant qui sous-traite a alors qualité d'entrepreneur principal et assume toutes les obligations qui en découlent. Le CCAG Travaux 2009 appelle le sous-traitant qui sous-traite à son tour « l'entrepreneur principal du sous-traitant indirect ». **La sous-traitance intégrale demeure possible, en marchés privés** : la loi du 31 décembre 1975 admet en effet, dans son article 1er, pour les marchés privés, la sous-traitance totale.

Toutefois, la norme Afnor NF P 03-001, pour les marchés qui s'y réfèrent expressément, interdit à l'entrepreneur principal de donner en sous-traitance la totalité de son marché. La

norme demande à l'entrepreneur principal de réaliser, en personne, une part significative des prestations correspondant à son activité de base.

Aucun seuil n'est fixé, le caractère « significatif » de la partie de marché non sous-traitée est donc laissé à l'appréciation des parties et, en cas de conflit, aux juges.

**Sous-traitance industrielle. Depuis le 1er janvier 2006, les dispositions de l'article 14-1 s'appliquent également à la sous-traitance industrielle**. « *Les dispositions du deuxième alinéa s'appliquent également au contrat de sous-traitance industrielle lorsque le maître d'ouvrage connaît son existence, nonobstant l'absence du sous-traitant sur le chantier. Les dispositions du troisième alinéa s'appliquent également au contrat de sous-traitance industrielle.* » Il s'agit notamment de la construction d'automobiles, de navires ou d'avions ou de la transformation des plastiques et des métaux, de grands équipements électriques, d'objets mobiles destinés à être incorporés dans un ouvrage, de fabrication sur mesure de produits ou matériels…

### 4.1.2. Acceptation des sous-traitants

Pour bénéficier de la protection instaurée par la loi du 31 décembre 1975, le sous-traitant **doit être accepté par le maître d'ouvrage, et les conditions de paiement du contrat de sous-traitance conclu avec l'entrepreneur principal doivent être agréées par le maître d'ouvrage** (loi de 1975, art. 3).

**Pénalisation de la loi de 1975**. L'article L. 8271-1-1 du Code du travail sanctionne d'une amende de 7 500 euros le défaut d'acceptation du sous-traitant et d'agrément de ses conditions de paiement. Cette disposition a été introduite dans le Code du travail par la loi du 16 juin 2011 relative à l'immigration, le législateur considérant que le défaut de présentation du sous-traitant au maître d'ouvrage était de nature à favoriser le travail illégal. La demande d'acceptation préalable est une obligation :

- quel que soit le montant des prestations dont la sous-traitance est envisagée (y compris en dessous de 600 euros, montant du paiement direct obligatoire) ;
- quelles que soient les modalités de paiement du sous-traitant (paiement direct ou pas) ;
- quel que soit le moment de la sous-traitance (en phase de passation ou en phase d'exécution) ;
- quel que soit le niveau de sous-traitance (depuis la sous-traitance de premier rang jusqu'au dernier niveau de sous-traitance) (CAA Bordeaux, 19 décembre 2006, OPAC CUB Aquitanis).

**Sous-traitance en chaîne**. Le sous-traitant A (sous-traitant direct) ne peut sous-traiter à un sous-traitant B (sous-traitant indirect) l'exécution d'une partie du marché qui lui a été sous-traité qu'à condition d'avoir obtenu du représentant du pouvoir adjudicateur l'acceptation du sous-traitant B et l'agrément de ses conditions de paiement. À cet effet, le sous-traitant direct (A) transmet au titulaire du marché une déclaration comportant, pour le sous-traitant indirect (B), l'ensemble des informations exigées pour la déclaration d'un sous-traitant direct. Cette transmission est effectuée par tous les entrepreneurs principaux successifs éventuels jusqu'au sous-traitant direct concerné.

**Acceptation tacite**. Dans les marchés publics, l'article 114 4°) du Code des marchés publics précise que le silence du pouvoir adjudicateur gardé pendant vingt et un jours vaut acceptation du sous-traitant et agrément des conditions de paiement. Dans les marchés se référant à

la norme Afnor NF P 03-001, l'acceptation et l'agrément tacites d'un sous-traitant sont réputés acquis après un silence de quinze jours du maître d'ouvrage.

**Refus d'acceptation**. En marchés publics, le maître d'ouvrage ne pourra refuser d'accepter un sous-traitant qu'en motivant son refus, car en droit administratif, tout acte individuel qui fait grief doit être motivé. Le refus d'agrément d'un sous-traitant entre bien dans cette catégorie : c'est un acte (il est pris par le maître d'ouvrage et par lui seul), cet acte est individuel (il s'agit de refuser tel sous-traitant), cet acte fait grief (puisque le sous-traitant ne sera pas accepté).

En marchés privés, le maître d'ouvrage ne peut refuser d'accepter le sous-traitant sans motifs sérieux et objectifs (défaut de qualification, situation irrégulière, malfaçons prouvées sur un autre chantier). Il engage sa responsabilité vis-à-vis du sous-traitant évincé en cas de motifs fallacieux et « fabriqués » avec des moyens frauduleux (Cass. 3e civ., 2 février 2005, SA d'HLM Proletazur).

**Responsabilité du maître d'œuvre en cas de sous-traitance occulte**. Si le maître d'œuvre n'informe pas le maître d'ouvrage de la présence sur le chantier d'un sous-traitant occulte, sa responsabilité est engagée et il est condamné à garantir partiellement le maître d'ouvrage (Cass. 3e civ., 10 février 2010, Société ERM c/ SCI Le Chiquito).

En outre, il doit accompagner le maître d'ouvrage dans toutes les formalités imposées par la loi de 1975 sur la sous-traitance pour assurer sa protection ainsi que celle du sous-traitant. Le maître d'ouvrage condamné sur le fondement de l'article 14-1 de cette loi à indemniser le sous-traitant impayé peut donc être garanti par le maître d'œuvre (en l'espèce, un BET) qui a négligé de l'informer de la présence du sous-traitant. (Cass. 3e civ., 10 décembre 2014).

### 4.1.3. Il n'est pas nécessaire d'intervenir sur le chantier pour être sous-traitant : un travail spécifique

Un sous-traitant peut ne pas intervenir sur le chantier. En effet, la définition légale implique seulement que le sous-traitant participe à l'exécution du contrat d'entreprise passé par le maître d'ouvrage à l'entrepreneur principal.

Des calculs confiés par l'entrepreneur à **un bureau d'études ou à un ingénieur-conseil** peuvent donc faire l'objet d'un contrat de sous-traitance. Ce bureau d'études ou cet ingénieur-conseil peuvent donc prétendre à bénéficier de la loi de 1975, et ce, même s'ils n'interviennent pas physiquement sur le chantier.

**Le fabricant de matériaux** peut aussi avoir la qualité de sous-traitant dès lors qu'il a réalisé **un travail spécifique** destiné à un chantier déterminé : armatures métalliques, panneaux de façades en béton, tubes de gaz adaptés au site…

**Notion de « travail spécifique ». La préfabrication soumise aux contraintes spécifiques du donneur d'ordre est une sous-traitance**. Les contraintes imposées au prestataire constituaient un travail spécifique nécessitant une adaptation constante aux exigences des plans de fabrication conçus pour la seule exécution des éléments destinés au chantier : cela caractérise la sous-traitance. « *Mais attendu que saisie de conclusions de la société Bilfinger ayant soutenu que la question était de déterminer, au sens de la jurisprudence existante en la matière, si la livraison des produits préfabriqués avait pu intervenir dans le cadre d'une production courante ou standardisée ou s'il avait fallu adapter l'appareil de production, et ayant constaté que l'offre et la commande d'éléments préfabriqués prévoyaient la prestation et le coût « Bureau d'études » incluant les plans d'ensemble des diverses façades, coupes et détails nécessaires à la fabrication, les listes des panneaux*

*préfabriqués, les plans de fabrication de chaque type de pièces, les notes de calcul nécessaires à l'établissement des plans,* ***la cour d'appel****, qui en* ***a souverainement déduit que la multiplicité des données à prendre en compte pour établir les notes de calcul et les plans de fabrication constituait un travail spécifique*** *nécessitant une adaptation constante aux exigences des plans de fabrication conçus pour la seule exécution des éléments destinés au chantier et qui, sans dénaturation et sans être tenue de procéder à une recherche que ses constatations rendaient inopérante,* ***a pu retenir que le contrat liant les parties était un contrat de sous-traitance****, a légalement justifié sa décision de ce chef »* (Cass. 3e civ., 18 novembre 2009, Société Bilfinger c/ société Remax).

**Sous-traitant ou fournisseur ? Sous-traitant**. Une entreprise de négoce de matériels avait fourni, à la demande du titulaire du lot chauffage-ventilation d'un marché public, un ensemble de ventilation conforme au CCTP du marché, certains éléments ayant même été fabriqués sur mesure. Elle avait donc « *participé à l'exécution d'une partie du marché et avait dès lors la qualité de sous-traitant au sens de la loi du 31 décembre 1975* ». L'entreprise, acceptée et agréée par le maître d'ouvrage, pouvait donc bénéficier du paiement direct (CAA Nantes, 7 octobre 2011, Société Atlan VDI).

### 4.1.4. Fabricants de matériaux standard, loueurs de matériels et échafaudeurs ne sont pas des sous-traitants

Ne sera pas considérée comme sous-traitant, mais comme un simple fournisseur, la société qui fabrique des **matériaux standard** disponibles sur catalogue et que l'on peut trouver sur tous les chantiers (CA Toulouse, 11 septembre 2006, SEAC Guiraud Frères).

S'il ne satisfait pas à une commande spécifique, le fabricant n'est pas un sous-traitant, mais un vendeur de matériaux. C'est ce que juge la Cour de cassation dans une espèce où il s'agissait de poutrelles précontraintes, de prédalles, d'éléments de structure et de dalles alvéolées. La Cour de cassation estime que ces produits n'impliquent pas une « technique » de fabrication spécifique à la commande (Cass. 3e civ., 2 juillet 2008, SEAC c/ Cogemip et autres).

**Absence de « travail spécifique », menuiseries standard : pas de sous-traitance pour un fabricant de fenêtres**. **«** *La preuve n'était pas rapportée que le marché passé entre la société Mmg et la société Oxxo comportait, en plus de la fourniture des menuiseries, une prestation de pose de ces dernières, ni que les menuiseries fabriquées l'étaient en vertu de spécifications particulières,* ***alors*** *qu'au vu des 39 menuiseries objet des 3 factures produites, il n'apparaissait que 5 types de dimensions différentes,* ***que, pas davantage,*** *la preuve n'était rapportée qu'il ne s'agissait pas de produits standard, les dimensions des 5 types retenues dans les 3 factures ne permettant pas d'en apprécier la nature spécifique ou non, le fait qu'il s'agissait d'une construction neuve ne pouvant que militer en faveur de menuiseries standard, la cour d'appel, qui a relevé que le simple fait que les fenêtres que la société Oxxo avait vendues, lui avaient été commandées en plusieurs tailles et selon diverses caractéristiques notamment d'ouvrants, était insuffisant à caractériser l'existence d'un contrat d'entreprise avec la société Mmg, en a exactement déduit que la* ***loi du 31 décembre 1975 était sans application en l'espèce »*** (CE, 17 mars 2010, Société Oxxo c/ société Mmg).

**Sous-traitant ou fournisseur ? Fournisseur**. La fourniture traduit la vente de produits standard, sur catalogue, l'obligation de livrer une chose. Elle se différencie de la sous-traitance, qui concerne une prestation effectuée selon les spécificités particulières d'un marché et qui comporte une obligation de faire une chose. En conséquence, ne conclut pas un contrat de sous-traitance l'entreprise principale qui commande à une société la fabrication de quarante-quatre tonnes de charpente métallique à réaliser selon des plans qu'elle fournit et qui assemble

et pose les éléments ainsi fabriqués. La Cour de cassation considère que la société n'est intervenue qu'en qualité de fournisseur et non pas en qualité de sous-traitant et qu'elle ne peut donc pas invoquer l'application de l'article 14-1 de la loi du 31 décembre 1975 (Cass. 3e civ., 14 décembre 2010, Société ID Construction).

De même, ne sera pas considéré comme un contrat de sous-traitance le contrat conclu par la société Unibéton ayant pour objet l'approvisionnement du chantier en béton prêt à l'emploi ; cette société n'a pas droit au paiement direct de ses fournitures par le maître d'ouvrage délégué nonobstant la circonstance qu'elle avait été agréée par ce dernier en qualité de sous-traitante et que celui-ci avait accepté ses conditions de paiement (CE, 26 septembre 2007, SAEDG c/ société Unibéton).

**Le loueur de matériels et d'engins** n'est pas non plus un sous-traitant, car l'entrepreneur jouit de la chose louée avec indépendance et l'affecte à l'exécution des travaux dont il ne se décharge pas (exemple : location de grues). Dans un arrêt en date du 1er décembre 1992, la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel d'avoir requalifié un prétendu contrat de sous-traitance en contrat de location, lorsque les grues louées ainsi que le personnel de conduite ont été mis sous la garde exclusive du locataire, lequel ne s'est pas déchargé des travaux commandés par le maître d'ouvrage, les rapports contractuels entre le loueur et le locataire excluant toute obligation de résultat à la charge du premier. (Voir également dans le même sens CA Paris, 19e ch., 31 octobre 2000, Société Entrepose Échafaudages c/ Caisse régionale de crédit agricole mutuel de Paris).

**Sous-traitant ou loueur ? Loueur**. Par un contrat de location (article 1709 du Code civil), le loueur met à disposition du client une chose (des échafaudages, des engins de chantier…). À la différence du sous-traitant, il ne fournit pas un travail. La Cour de cassation a jugé que le contrat de montage et de location d'échafaudage n'était pas un contrat de sous-traitance (Cass. 3e Civ., 23 janvier 2002, n° 00-17759, Bull. n° 10).

**N'est pas non plus un contrat de sous-traitance la location de bennes à gravats et à déchets** (Cass. 3e civ., 22 juin 2010, n° 09-68280).

Enfin, **l'échafaudage** ne pourra faire l'objet d'un contrat de sous-traitance que s'il existe un lot « échafaudage ». La jurisprudence est, en effet, réticente à admettre la qualification de sous-traitants au profit des échafaudeurs. Dans deux arrêts de 1999 et 2000, la cour d'appel de Versailles a jugé qu'une entreprise d'échafaudage, bien qu'elle réalise des études techniques parfois complexes prenant en compte les caractéristiques du bâtiment à échafauder et les impératifs de sécurité, ne participe pas directement « *par apport de conception, d'industrie ou de matière à l'acte de construire objet du marché principal, mais se limite à mettre à la disposition d'un locateur d'ouvrage le matériel adapté dont il a besoin pour mener à bien sa tâche* (CA Versailles, 13 décembre 1999, Société Entrepose Échafaudages c/ SCI Atrium ; et 9 mai 2000, Me MAES c/ société Entrepose Échafaudages).

La Cour de cassation a confirmé sa jurisprudence dans un arrêt du 28 mai 2002 en observant que la société d'échafaudage en cause s'est bornée à mettre à la disposition de l'entrepreneur principal l'outil dont il avait besoin pour mener à bien sa tâche (Cass. 3e civ., 28 mai 2002).

Malgré cette jurisprudence, la qualification de sous-traitance est toujours possible lorsque l'entreprise d'échafaudage participe à l'exécution d'une partie du marché du maître d'ouvrage : « *Considérant que le devis quantitatif estimatif annexé à l'acte d'engagement du marché du lot 1 attribué à la société YC Pose rémunère, en son chapitre 1-5 "la fourniture, la pose et le déplacement d'un échafaudage pour la durée du chantier sur toutes les façades et pignons" à*

*rénover* ; *que la convention du 6 octobre 1997 par laquelle la société YC Pose a délégué cette prestation à la société Poujaud a eu pour effet de lui confier l'exécution d'une partie du marché de travaux du lot 1 au sens des dispositions précitées de l'article 1er de la loi du 31 décembre 1975* ; *que, par suite, la SOCIÉTÉ QUALIA est fondée à soutenir que c'est à tort que, pour rejeter sa demande tendant à être indemnisée du préjudice qui résulterait de la faute du maître de l'ouvrage à ne pas avoir exigé de l'entreprise titulaire du marché la présentation d'une demande d'agrément, le tribunal administratif de Dijon a regardé les prestations accomplies par la société Poujaud en exécution de la convention signée le 6 octobre 1997 comme relevant d'une simple location de matériels et non de la sous-traitance du marché du lot 1* » (CAA Lyon, 11 mai 2006, OPHLM Auxerre).

**La commande de prémurs et de prédalles n'est pas de la sous-traitance, mais de la fourniture**. La commande par l'entreprise titulaire d'un marché de gros œuvre de prémurs et de prédalles auprès d'une société ne fait pas de cette dernière un sous-traitant, dès lors que celle-ci n'a signé aucun contrat de sous-traitance avec le titulaire et n'a pas procédé à la mise en œuvre sur le chantier ou participé à des réunions de chantier au même titre que d'autres sociétés sous-traitantes. Et ce, alors même que les éléments livrés n'étaient pas des éléments standard adaptés sur chantier, mais ont été fabriqués sur mesure. En conséquence, le maître d'ouvrage n'a commis aucune faute en ne faisant pas procéder à la régularisation de la société demandée après la fin du chantier, en application de la loi du 31 décembre 1975. La société doit ainsi être considérée comme un simple fournisseur (CAA Nancy, 12 juin 2014, n° 13NC01087).

### 4.1.5. La sous-traitance de pose est possible

Le recours à de la sous-traitance de pose peut être rendu nécessaire en raison du retard des chantiers et de l'absence de main-d'œuvre disponible dans l'entreprise ou en intérim.

**La loi n'interdit pas à l'entrepreneur de sous-traiter la pose de matériaux mis à la disposition du sous-traitant**. Mais les juges peuvent requalifier le contrat en contrat de travail si le sous-traitant exécute les travaux en situation de subordination juridique permanente.

Pour que la sous-traitance de pose soit régulière, le sous-traitant doit agir en toute indépendance en conservant l'initiative de ses décisions, la gestion de son activité et la direction de son personnel.

Quand le sous-traitant emploie des salariés et les met à la disposition de l'entrepreneur principal, les juges peuvent constater un prêt illicite de main-d'œuvre et un délit de marchandage. Afin d'éviter la requalification du contrat et les sanctions pénales et civiles qui en découlent, il convient de respecter le critère fondamental du contrat d'entreprise, à savoir l'indépendance du sous-traitant dans l'exécution des travaux.

**La jurisprudence admet la sous-traitance de pose**.

**Exécution d'une tâche définie précisément**. Des travaux de pose de parpaings en ciment confiés par une entreprise de maçonnerie à un sous-traitant ne constituent pas une opération de prêt de main-d'œuvre à but lucratif, dès lors que le sous-traitant était chargé d'exécuter une tâche définie précisément dans le contrat de sous-traitance et qu'il dirigeait lui-même ses salariés sur le chantier (CA Agen, 24 octobre 1996, n° 95/00562).

**Direction et encadrement de ses salariés par le sous-traitant**. La fonction de direction et d'encadrement des salariés, qui ne peut être exercée que par le sous-traitant employeur ou son chef d'équipe, doit être distinguée de la fonction de coordination et de contrôle que

l'entrepreneur principal, responsable à l'égard du maître de l'ouvrage, doit exercer sur le sous-traitant (CA Bourges, 30 mai 2002, n° 2002/238).

**La sous-traitance de capacité n'est pas nécessairement suspecte**. La cour d'appel de Pau a reconnu que « *contrairement à la thèse développée par l'inspection du travail, la sous-traitance de capacité n'est pas nécessairement suspecte au regard de la réglementation du prêt de main-d'œuvre* » (CA Pau, 23 octobre 2008, n° 08/00375).

**La sous-traitance de capacité n'est pas interdite** et il n'y a pas lieu de constater un prêt illicite de main-d'œuvre en présence d'un contrat de sous-traitance précis et rémunéré forfaitairement (CA Pau, Ch. corr., 29 janvier 2009, n° 08/00232)

Ainsi, la sous-traitance de pose est une véritable opération de sous-traitant dès lors que :

- un contrat précis a été établi par les deux entreprises auquel étaient annexés tous les documents prouvant la régularité fiscale et sociale du sous-traitant ;
- les tâches confiées au sous-traitant étaient bien définies dans le contrat de sous-traitance et rémunérées par un prix global et forfaitaire ;
- le sous-traitant disposait de son propre outillage, ce qui ne l'empêchait pas d'utiliser ponctuellement les moyens de levage mis en place par l'entreprise principale ;
- l'entreprise principale avait fait accepter son sous-traitant par le maître d'ouvrage.

Le pourvoi en cassation formé par le ministère public contre cette décision a été rejeté par la Cour de cassation, au motif qu'il se bornait à remettre en cause l'appréciation souveraine, par les juges du fond, des faits et circonstances de la cause (Cass. crim., 13 octobre 2009, n° 09-81743, inédit).

**Une tâche définie, une rémunération forfaitaire avec maintien de l'autorité sur le personnel**. Tout contrat de sous-traitance doit avoir pour objet l'exécution d'une tâche clairement définie, rémunérée de façon forfaitaire avec maintien de l'autorité du sous-traitant sur son personnel ; le respect de ces conditions est compatible avec la sous-traitance de pose (CA Pau, Ch. corr., 17 mars 2011, n° 10/00720).

**Le ministère du Travail admet la sous-traitance de pose**. Dans un document, « Questions-réponses sur la sécurité juridique des contrats de sous-traitance dans le BTP », le ministère du Travail lui-même admet la sous-traitance de pose dans les termes suivants :

> *« Q.24 : Je prévois de fournir le matériel ou les matériaux. Serai-je poursuivi pour avoir eu recours à un faux travailleur indépendant ? Non, pas de ce seul fait, s'agissant du matériel ou du gros outillage (grues, échafaudages…) qui peuvent faire l'objet d'une mise à disposition entre les entreprises du chantier. De même, la fourniture des matériaux n'est pas en soi interdite dans le cadre d'un contrat de sous-traitance, elle peut notamment être prévue si vos matériaux sont très spécifiques ou nécessitent des investissements trop lourds au regard de la prestation. »*

**En résumé, la sous-traitance de pose n'est pas illicite lorsque de bons indices permettent d'établir une véritable relation commerciale entre les deux entreprises**, le sous-traitant conservant une autonomie juridique suffisante pendant l'exécution des travaux.

### 4.1.6. La sous-traitance en chaîne (ou sous-traitance indirecte)

**La sous-traitance en chaîne peut contenir plusieurs maillons** ; on parle alors de « sous-traitant de deuxième, troisième rang », etc. Le CCAG Travaux 2009 parle de « sous-traitance indirecte ».

Le droit de recourir à la sous-traitance indirecte s'apprécie **dans les mêmes conditions qu'en matière de sous-traitance simple**. L'article 2 de la loi de 1975 l'admet implicitement, puisqu'il énonce que le sous-traitant est considéré comme entrepreneur principal à l'égard de ses propres sous-traitants. Le CCAG Travaux 2009 appelle le sous-traitant (sous-traitant direct) qui sous-traite à son tour « l'entrepreneur principal du sous-traitant indirect ».

Toutefois, **le maître d'ouvrage est toujours le même** (c'est-à-dire celui pour le compte duquel la construction est réalisée) vis-à-vis de tous les sous-traitants.

C'est donc au maître d'ouvrage que l'entrepreneur principal doit demander d'accepter et d'agréer les conditions de paiement des sous-traitants indirects en cascade et, le cas échéant, de fournir les contrats de sous-traitance.

De même, l'article 14-1 de la loi de 1975 ne crée d'obligation qu'à l'égard du maître d'ouvrage qui reste le même quelle que soit la succession de sous-traitants (Cass. 3e civ., 15 janvier 2003).

### 4.1.7. Sanctions en cas de sous-traitance irrégulière (ou occulte, ou non déclarée)

L'entrepreneur principal est tenu de déclarer son sous-traitant au maître d'ouvrage, car la loi de 1975 est d'ordre public. Elle impose à l'entrepreneur principal de faire accepter et agréer les conditions de paiement de son sous-traitant par le maître d'ouvrage.

**La loi prive l'entrepreneur principal qui n'a pas respecté ces obligations du droit d'invoquer le contrat de sous-traitance, tout en restant tenu envers le sous-traitant** (art. 3). C'est ce que certains appellent « l'hémiplégie du contrat », lorsque le contrat ne fonctionne plus que d'un seul côté, celui du sous-traitant. L'entrepreneur principal, en infraction avec la loi du 31 décembre 1975, ne pourra pas, par exemple, invoquer le sous-traité à l'appui de sa demande de dommages et intérêts pour inexécution contractuelle. Il ne pourra pas, non plus, invoquer contre le sous-traitant non déclaré le caractère forfaitaire du prix ou le planning contractuel. En revanche, le sous-traitant pourra se prévaloir des clauses favorables du contrat.

**MAIS la Cour de cassation considère toutefois que le sous-traitant, même non accepté par le maître d'ouvrage, reste tenu de livrer sans vices et sans malfaçons les ouvrages dont il a obtenu ou dont il réclame le paiement à l'entrepreneur principal**. En effet, dans deux arrêts du 13 avril 1988, la Cour de cassation a jugé que *« même lorsque le maître d'ouvrage n'a pas accepté le sous-traitant ni agréé les conditions de paiement, ce dernier demeure cependant* ***tenu*** *envers l'entrepreneur principal de l'obligation contractuelle* ***de livrer exempts de vices les ouvrages*** *dont il a reçu ou dont il réclame le paiement… »* et que : « *Le sous-traitant* ***ne peut à la fois se prévaloir du contrat de sous-traitance pour obtenir le paiement de ses travaux et le rejeter pour échapper à ses obligations contractuelles****…* » (Cass. 3e civ., 13 avril1988).

Depuis ces arrêts, la Cour de cassation reprend systématiquement les mêmes formules, **quel que soit d'ailleurs le rang du sous-traitant**. Ainsi, dans un arrêt du 15 janvier 1992, elle casse l'arrêt de la cour d'appel de Paris qui avait rejeté l'appel en garantie formé par le sous-traitant à l'encontre de son propre sous-traitant en indiquant : « *Même en cas d'absence d'acceptation par le maître d'ouvrage ou d'agrément des conditions de paiement,* ***le sous-traitant du***

***sous-traitant est tenu, à l'égard de ce dernier, d'une obligation contractuelle de livrer, exempts de vices, les ouvrages dont il a reçu paiement***. »

**« Hémiplégie » du contrat, quel que soit le rang du sous-traitant**. Dans une affaire, il est relevé que le sous-traitant de premier rang n'avait fait signer au sous-traitant de second rang aucun sous-traité ni devis précisant les prestations confiées et l'étendue des obligations, et aucune acceptation et agrément des conditions de paiement n'a été effectuée ; « ***dans ces circonstances, le sous-traitant occulte a droit au paiement du solde dû sur ses travaux acceptés sans que l'entrepreneur principal puisse invoquer l'inexécution des travaux de levée de réserves*** » (CA Paris, 27 septembre 2006, M. Da X c/ M. Y. Z).

**Il existe un lien de causalité entre le comportement fautif de l'entrepreneur principal qui ne fait pas agréer un sous-traitant et le préjudice subi par le sous-traitant de ce sous-traitant qui ne peut se faire agréer par le maître d'ouvrage**. En l'espèce, l'entrepreneur principal avait omis de faire accepter le sous-traitant de premier rang par le maître d'ouvrage. La Cour de cassation considère que ce manquement aux obligations de l'article 3, premier alinéa de la loi de 1975 peut être invoqué par le sous-traitant de second rang. Le raisonnement est basé sur l'idée que **le sous-traitant de second rang ne pourra pas être déclaré au maître d'ouvrage par le sous-traitant de premier rang, celui-ci étant lui-même occulte** (Cass. 3e civ., 30 janvier 2007, Société Eurovia c/ Banque populaire de Bourgogne et autres).

**La Cour de cassation offre au sous-traitant non déclaré la possibilité de demander la résiliation du contrat et ce, pendant toute la durée du contrat**. Dans son arrêt du 24 avril 2003 (société Batlay), la Cour de cassation évoque la sanction de l'entrepreneur principal qui a manqué à l'obligation légale de présenter le sous-traitant au maître d'ouvrage. Elle précise que la faculté de résiliation unilatérale est ouverte au sous-traitant « pendant toute la durée du contrat » de sous-traitance. La Cour de cassation précise également que la faculté de résiliation a un caractère unilatéral.

**Trois solutions s'offrent alors au sous-traitant** :

- **se faire payer** les travaux correctement exécutés ;
- **suspendre** (ou menacer de suspendre) l'exécution du contrat aux frais et risques de l'entrepreneur principal défaillant tant qu'il contrevient aux dispositions d'ordre public de la loi (tant que le sous-traitant n'est pas déclaré) ;
- **demander (unilatéralement) la résiliation avec des dommages et intérêts** comprenant le manque à gagner et les immobilisations matérielles et immatérielles. Et ce, jusqu'à la fin du contrat, c'est-à-dire jusqu'à la fin de la période de parfait achèvement et de l'entier paiement de la créance résultant de l'exécution des travaux. Le sous-traitant pourra donc agir à l'encontre de l'entreprise principale même après la réception des travaux. Rappelons que la résiliation laisse subsister le contrat pour les actes passés et ne joue que pour l'avenir en mettant fin prématurément au contrat avant le terme qui avait été initialement prévu.

**Devoir de conseil du maître d'œuvre et sous-traitance occulte**. Si le maître d'œuvre n'informe pas le maître d'ouvrage de la présence sur le chantier d'un sous-traitant occulte, sa responsabilité est engagée et il est condamné à garantir partiellement le maître d'ouvrage (Cass. 3e civ., 10 février 2010, Société ERM c/ SCI Le Chiquito).

**Si le maître d'ouvrage est condamné, il pourra être garanti par le maître d'œuvre.** Le maître d'œuvre doit accompagner le maître d'ouvrage dans toutes les formalités imposées par la loi de 1975 sur la sous-traitance pour assurer sa protection ainsi que celle du sous-traitant. Le maître d'ouvrage condamné sur le fondement de l'article 14-1 de cette loi à indemniser le

sous-traitant impayé peut donc être garanti par le maître d'œuvre (en l'espèce, un BET) qui a négligé de l'informer de la présence du sous-traitant (Cass. 3e civ., 10 décembre 2014).

### 4.1.8. La retenue de garantie dans un contrat de sous-traitance

**La retenue n'a pas à être appliquée par le maître d'ouvrage, elle concerne uniquement l'entrepreneur principal et le sous-traitant**. D'une façon générale, le titulaire du marché demeure personnellement responsable de l'exécution et de toutes les obligations résultant du marché (article 113 du Code des marchés publics). En conséquence, le maître d'ouvrage n'a pas à appliquer de retenue de garantie au sous-traitant.

La retenue de garantie de la loi de 1971 prévue dans le contrat de sous-traitance ne concerne que les parties à ce contrat – le titulaire et le sous-traitant auquel le maître d'ouvrage est tiers. Il n'est donc pas possible pour le maître d'ouvrage (ou le comptable public dans un marché public) de prélever la retenue de garantie prévue dans le contrat de sous-traitance au profit du titulaire du marché.

En d'autres termes, le maître d'ouvrage n'a pas à s'immiscer dans les relations entre le titulaire et son sous-traitant lorsque celui-ci a été accepté et que les conditions de paiement de ses prestations ont été agréées (cf. rép. min. au député Yvan Lachaud, *JO AN*, 19 décembre 2006).

Le titulaire du marché peut cependant refuser explicitement tout ou partie du paiement du sous-traitant. Dans ce cas, le litige doit être réglé entre le titulaire et son sous-traitant.

### 4.1.9. Le sous-traitant n'est pas partie à la réception

**Le sous-traitant n'est pas partie à la réception, mais il peut y assister**. La réception est l'acte qui intervient dans les rapports entre le maître d'ouvrage et l'entrepreneur titulaire du marché.

Lorsque la garantie donnée par un assureur se limite aux dommages postérieurs à la réception, c'est donc la réception du marché principal qui est à prendre en considération : la présence ou la convocation du sous-traitant à la réception, acte auquel il n'est pas partie, n'est pas une condition de la mise en œuvre de la garantie de l'assureur (Cass. 3e civ., 20 octobre 2009, Société LTM c/ SMABTP).

### 4.1.10. Responsabilité décennale du sous-traitant

L'article 2 de l'ordonnance du 8 juin 2005 a créé un article 2270-2 (maintenant 1792-4-2) dans le Code civil ainsi rédigé :

> *Article 1792-4-2 – Les actions en responsabilité dirigées contre un sous-traitant en raison de dommages affectant un ouvrage ou des éléments d'équipement d'un ouvrage mentionnés aux articles 1792 et 1792-2* ***se prescrivent par dix ans à compter de la réception des travaux*** *et, pour les dommages affectant ceux des éléments d'équipement de l'ouvrage mentionnés à l'article 1792-3,* ***par deux ans à compter de cette même réception****.*

Cette disposition permet d'aligner les durées des responsabilités applicables au sous-traitant avec celles de l'entrepreneur principal.

Dix ans après la réception des travaux, le maître d'ouvrage ne peut plus agir contre le sous-traitant pour les désordres affectant ses ouvrages. Cette mesure d'égalité s'applique aux actions engagées à compter du 10 juin 2005.

### 4.1.11 L'autoliquidation de la TVA

***Champ d'application du dispositif***

**Quel que soit le rang de sous-traitance**. La mesure d'autoliquidation vise les sous-traitants quel que soit leur rang en cas de sous-traitance en chaîne.

**Pour les travaux de construction effectués en relation avec un bien immobilier**. Afin d'intensifier la lutte contre la fraude dans le secteur du bâtiment et de mettre fin à une distorsion de concurrence au détriment des entreprises sous-traitantes respectueuses de leurs obligations fiscales, le 2 *nonies* de l'article 283 du Code général des impôts (CGI) instaure un dispositif d'autoliquidation de TVA pour les travaux de construction, y compris ceux de réparation, de nettoyage, d'entretien, de transformation et de démolition effectués en relation avec un bien immobilier par une entreprise sous-traitante au sens de l'article 1er de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 pour le compte d'un preneur assujetti. Dans ce cas, la TVA afférente à ces opérations est acquittée par le preneur.

Les travaux visés sont les travaux de construction de bâtiment et autres ouvrages immobiliers, y compris les travaux de réfection, de nettoyage, d'entretien et de réparation des immeubles et installations à caractère immobilier tels que définis au II-A § 20 et suivants du BOI-TVA-CHAMP-10-10-40-30. Ils comprennent notamment :

- les travaux de bâtiment exécutés par les différents corps de métier participant à la construction ou la rénovation des immeubles ;
- les travaux publics et ouvrages de génie civil ;
- les travaux d'équipement des immeubles, *i.e.* les travaux d'installation comportant la mise en œuvre d'éléments qui perdent leur caractère mobilier en raison de leur incorporation à un ensemble immobilier, qui sont considérés, pour l'application de la TVA, comme des travaux immobiliers dès lors qu'ils ont pour effet d'incorporer aux constructions immobilières les appareils ou les canalisations faisant l'objet de l'installation ;
- les travaux de réparation ou de réfection ayant pour objet la remise en état d'un immeuble ou d'une installation à caractère immobilier. Il s'agit des opérations comportant la mise en œuvre de matériaux ou d'éléments qui s'intègrent à un ouvrage immobilier ou lorsque ces opérations ont pour objet soit le remplacement d'éléments usagés d'une installation de caractère immobilier, soit l'adjonction d'éléments nouveaux qui s'incorporent à cette installation ou à l'immeuble qui l'abrite.

**Les opérations de nettoyage** qui sont le prolongement ou l'accessoire des travaux visés ci-dessus sont soumises au même régime que ces travaux.

Seules les opérations de nettoyage faisant l'objet d'un contrat de sous-traitance séparé sont exclues du dispositif d'autoliquidation.

**La fabrication de matériaux ou d'ouvrages est exclue du dispositif**. Lorsqu'une entreprise titulaire du marché ou sous-traitante fait appel à une autre entreprise pour la fabrication de matériaux ou d'ouvrages spécifiques destinés à l'équipement de l'immeuble faisant l'objet des travaux, cette opération ne s'analyse pas comme de la sous-traitance, mais comme une opéra-

tion consistant en la livraison d'un bien meuble corporel et est donc exclue du dispositif d'autoliquidation.

**Prestations intellectuelles et contrats de location d'engins et de matériels sont exclus de l'autoliquidation**. Les prestations intellectuelles confiées par les entreprises de construction à des bureaux d'études, économistes de la construction ou sociétés d'ingénierie sont exclues du dispositif.

Il en est de même pour les contrats de location d'engins et de matériels de chantier, y compris lorsque cette location s'accompagne du montage et du démontage sur le site.

#### *Modalités d'application du dispositif d'autoliquidation*

**Contrats signés après le 1er janvier 2014**. Ces dispositions s'appliquent aux prestations fournies dans le cadre de contrats de sous-traitance signés à compter du 1er janvier 2014. En l'absence de contrat de sous-traitance formel, en tiennent lieu tout devis, bon de commande signé ou autre document permettant d'établir l'accord de volonté entre l'entreprise principale et son sous-traitant pour la réalisation des travaux sous-traités et leur prix.

Ne sont pas concernées par le dispositif les prestations fournies en exécution de bons de commande, d'avenants ou de levées d'option de tranches conditionnelles postérieurs au 1er janvier 2014 relatifs à des contrats cadres ou à des contrats de sous-traitance signés avant cette date. En revanche, les prestations fournies en exécution d'un contrat de sous-traitance antérieur à cette date sont dans le champ du dispositif, lorsque ce contrat a fait l'objet d'une tacite reconduction postérieure à cette date et que ces prestations sont elles-mêmes réalisées après la date de la tacite reconduction.

**Mentions à faire figurer sur la facture**. La facture relative aux opérations concernées par l'autoliquidation ne mentionne pas la TVA exigible. Cependant, elle doit faire apparaître distinctement que la TVA est due par le preneur (le donneur d'ordre) assujetti et porter la mention « autoliquidation », en application du 13 du I de l'article 242 *nonies* A de l'annexe II au CGI justifiant l'absence de collecte de la taxe par le sous-traitant.

Le preneur assujetti à la TVA en France mentionne le montant hors taxes des prestations qui lui sont fournies et qui sont soumises à l'autoliquidation sur la ligne « Autres opérations imposables » de sa déclaration de chiffre d'affaires. La taxe ainsi acquittée est déductible dans les conditions de droit commun. Le défaut de déclaration par le donneur d'ordre est sanctionné par l'amende de 5 % prévue au 4 de l'article 1788 A du CGI.

Le sous-traitant mentionne symétriquement sur la ligne « Autres opérations non imposables » de sa déclaration de chiffre d'affaires le montant total, hors taxes, de l'opération.

Même s'il ne collecte pas lui-même la taxe, le sous-traitant peut déduire la TVA qu'il supporte sur ses propres dépenses dans les conditions de droit commun. Cette déduction peut, selon le cas, prendre la forme d'une imputation de taxe ou d'un remboursement de crédit de taxe.

**Le maître d'ouvrage paie le sous-traitant sur une base HT**. Dans le cas de paiements directs des sous-traitants par le maître de l'ouvrage (article 116 du Code des marchés publics), délégation de paiement ou action directe, ce dernier paye, au nom et pour le compte de l'entrepreneur principal (le donneur d'ordre), directement le sous-traitant pour la part du marché dont il assure l'exécution. Par conséquent, le maître de l'ouvrage paye le sous-traitant sur une base hors taxes et l'entrepreneur principal autoliquide la TVA.

**Exemple :** Soit une entreprise principale A titulaire d'un marché public de 100 000 € HT et une TVA correspondante au taux de 10 %, d'un montant de 10 000 € ; elle sous-traite une

partie de ce marché à une entreprise B acceptée par le maître de l'ouvrage pour un montant de 40 000 € HT (la TVA correspondante sera autoliquidée par l'entreprise principale au taux de 20 % pour un montant de 8 000 €). Dès lors que le maître de l'ouvrage a agréé les conditions de paiement prévues par le contrat de sous-traitance, il paye le sous-traitant pour la part du marché dont il assure l'exécution.

Le sous-traitant B réalise l'ensemble de ses prestations au cours du mois et adresse sa demande de paiement, dans les conditions fixées à l'article 116 du Code des marchés publics (CMP), accompagnée de la facture, laquelle mentionne le montant HT du contrat de sous-traitance, soit 40 000 €, sans faire apparaître la TVA exigible ; il porte à la place la mention « Autoliquidation ».

L'entreprise principale A a, de son côté, également réalisé des prestations au cours de ce même mois. Au total, le montant des prestations réalisées au cours de ce mois est de 60 000 € HT, soit 66 000 € TTC, incluant donc les travaux sous-traités.

L'entreprise principale A reprend dans son premier décompte mensuel le montant des travaux effectués par le sous-traitant (40 000 €), le montant des travaux qu'elle a elle-même effectués (20 000 €) et le montant de la TVA due sur l'ensemble des prestations (6 000 €).

Le maître d'ouvrage paye 40 000 € HT au sous-traitant dans un délai de 30 jours à compter de l'accord de paiement, exprès ou tacite, de l'entreprise principale A. Cette dernière doit autoliquider la TVA de son sous-traitant B en portant le montant de 40 000 € sur la ligne « Autres opérations imposables » de sa déclaration de chiffre d'affaires. Parallèlement, le sous-traitant B porte ce même montant sur la ligne « Autres opérations non imposables » de sa déclaration.

Le maître d'ouvrage règle à l'entreprise principale A, titulaire du marché, le montant du décompte mensuel, déduction faite des sommes versées directement au sous-traitant, soit 26 000 € TTC (20 000 € HT au titre des autres prestations non sous-traitées et la TVA sur l'ensemble des prestations réalisées au cours du mois).

C'est donc 6 000 € de TVA, sur la base d'un montant de 66 000 € TTC (taux de TVA de 10 %), que l'entreprise principale A déclare et paye sur sa déclaration de chiffre d'affaires du mois en cause.

Au cours de l'exécution du marché, l'entreprise principale A, titulaire du marché, émet un second décompte pour le maître d'ouvrage pour les autres prestations qu'elle a réalisées, comprenant le montant HT de ses prestations et la TVA au taux de 10 %, soit 44 000 € TTC (40 000 € HT et 4 000 € de TVA).

À l'achèvement des travaux, l'entreprise principale A établit un projet de décompte final pour le montant total des sommes auxquelles elle prétend, déduction faite des acomptes versés. Elle aura donc facturé au maître d'ouvrage 100 000 € HT (60 000 + 40 000) + 10 000 € de TVA au taux de 10 % (6 000 + 4 000) soit un montant TTC de 110 000 €, dont 40 000 € HT auront été payés directement au sous-traitant par le maître d'ouvrage.

## 4.2. Sous-traitance et marchés publics

La loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 sur la sous-traitance impose le paiement direct des sous-traitants de premier rang par le maître d'ouvrage public. Les sous-traitants de rang supérieur à un doivent se faire remettre une caution ou une délégation de paiement.

### 4.2.1. Généralités

#### *1. Les maîtres d'ouvrage concernés*

Le titre II de la loi de 1975 instituant le paiement direct des sous-traitants par le maître d'ouvrage s'applique principalement aux marchés passés par l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics et les entreprises publiques. Cela comprend les EPIC (CE, 30 décembre 1998, SA Costa). Ce sont donc essentiellement les maîtres d'ouvrage publics qui doivent payer directement les sous-traitants.

Mais relèvent aussi du titre II de la loi des maîtres d'ouvrage qui, bien que personnes morales de droit privé, sont considérés comme des entreprises publiques par la jurisprudence qui se base sur la proportion de leur capital social détenu majoritairement par des personnes publiques. Tel pourra être le cas des SEM (Cass. 3e civ., 10 mai 1991, L'Entreprise électrique c/ Société auxiliaire d'entreprise d'Auvergne) ou des SA d'HLM (Cass. com., 27 février 1990, SA HLM travail et propriété c/ Banque occidentale).

#### *2. Interdiction de sous-traitance totale*

L'article 1er de la loi du 31 décembre 1975 interdit la sous-traitance totale dans les marchés publics. Il est possible de sous-traiter « une partie » du marché public.

**Ni la loi de 1975 ni le Code des marchés publics ne fixent la part minimum devant être exécutée personnellement par le titulaire du marché**. Si la sous-traitance totale d'un marché public est interdite, la réglementation ne fixe aucun pourcentage minimum du marché devant être exécuté obligatoirement par le titulaire du marché. La circulaire du 7 octobre 1976 relative à la réforme du régime de la sous-traitance dans les marchés publics se contente de préciser qu' « *il convient, notamment, de veiller à ce que soient écartées les entreprises qui, faute de disposer des capacités techniques et financières pour l'exécution d'un marché, envisagent de n'en exécuter qu'une partie symbolique tout en s'assurant une marge bénéficiaire sur les prestations sous-traitées* ».

Cependant, l'article 101 du Code des marchés publics admet, implicitement, que la sous-traitance puisse dépasser 95 % du montant du marché. Selon ces dispositions, « *dans l'hypothèse où le montant des sommes dues au titulaire ne permettrait pas de procéder au prélèvement de la retenue de garantie, celui-ci est tenu de constituer une garantie à première demande selon les modalités fixées à l'article 102* ». Or, ce cas de figure peut se présenter lorsque le titulaire exécute moins de 5 % du marché parce qu'il en confie plus de 95 % à un sous-traitant bénéficiant du paiement direct par le pouvoir adjudicateur.

#### *3. Obligation d'indiquer dans l'offre la sous-traitance envisagée*

**Pour les marchés publics**, l'article 5 de la loi de 1975 est ainsi rédigé :

> *Sans préjudice de l'acceptation prévue à l'article 3, l'entrepreneur principal doit, **lors de la soumission**, indiquer au maître de l'ouvrage la nature et le montant de chacune des prestations qu'il envisage de sous-traiter ainsi que les sous-traitants auxquels il envisage de faire appel. **En cours d'exécution du marché**, l'entrepreneur peut faire appel à de **nouveaux sous-traitants**, à la condition de les avoir déclarés préalablement au maître d'ouvrage.*

La déclaration dans la soumission de l'intention de sous-traiter doit donc être complétée par l'indication du nom des sous-traitants auxquels l'entrepreneur principal envisage de faire appel.

Toutefois, après la conclusion du marché, il demeure possible de déclarer de nouveaux sous-traitants.

### 4.2.2. Le paiement direct des sous-traitants de rang un

#### *1. La mise en place du paiement direct par le maître d'ouvrage public*

**Les sous-traitants concernés**. Le paiement direct ne s'impose que pour les sous-traitants de premier rang, c'est-à-dire ceux qui contractent avec l'entreprise qui a un contrat avec le maître d'ouvrage public. Le CCAG Travaux 2009 définit le sous-traitant direct comme le sous-traitant du titulaire ou, dans le cas d'entreprises groupées, le sous-traitant de l'un des membres du groupement. Lorsqu'il sous-traite lui-même, le sous-traitant direct est alors dénommé « entrepreneur principal du sous-traitant indirect ».

**Pour obtenir le paiement direct, le sous-traitant doit être accepté** et les conditions de paiement du contrat de sous-traitance conclu avec l'entrepreneur principal doivent être agréées par le maître d'ouvrage (loi de 1975, art. 3). Ces formalités remplies, le sous-traitant sera payé directement par le maître d'ouvrage pour la part du marché dont il assure l'exécution, si le montant de son contrat de sous-traitance est d'au moins 600 € TTC (loi de 1975, art. 6 ; et CMP, art. 115).

L'acceptation de chaque sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement doivent être demandés dans les conditions fixées par l'article 114 du Code des marchés publics.

L'article 114 du Code des marchés publics distingue plusieurs hypothèses.

**1. Dans le cas où la demande de sous-traitance intervient au moment du dépôt de l'offre** ou de la proposition, le candidat fournit au pouvoir adjudicateur une déclaration mentionnant :

- la nature des prestations sous-traitées ;
- le nom, la raison ou la dénomination sociale et l'adresse du sous-traitant proposé ;
- le montant maximum des sommes à verser par paiement direct au sous-traitant ;
- les conditions de paiement prévues par le projet de contrat de sous-traitance et les modalités de variation des prix ;
- les capacités professionnelles et financières du sous-traitant.

Il lui remet également une déclaration du sous-traitant indiquant qu'il ne tombe pas sous le coup d'une interdiction d'accéder aux marchés publics.

La notification du marché emporte acceptation du sous-traitant et agrément des conditions de paiement.

**2. Dans le cas où la demande est présentée après le dépôt de l'offre**, le titulaire remet contre récépissé au pouvoir adjudicateur ou lui adresse par lettre recommandée, avec demande d'avis de réception, une déclaration contenant les renseignements mentionnés au 1 ci-dessus.

L'acceptation du sous-traitant et l'agrément des conditions de paiement sont alors **constatés par un acte spécial signé des deux parties** dans lequel figurent les renseignements mentionnés au 1 ci-dessus.

**Le titulaire établit en outre** qu'aucune cession ni aucun nantissement de créances résultant du marché ne fait obstacle au paiement direct du sous-traitant, dans les conditions prévues à l'article 116, en produisant soit l'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité du marché

qui lui a été délivré, soit une attestation ou une mainlevée du bénéficiaire de la cession ou du nantissement des créances.

**En pratique, cela se fait au travers du formulaire DC 4 (www.economie.gouv.fr).** Le CCAG Travaux 2009 oblige le pouvoir adjudicateur à notifier au sous-traitant concerné « l'exemplaire de l'acte spécial qui lui revient », dès la signature de celui-ci.

**3. Si, postérieurement à la notification du marché**, le titulaire envisage de confier à des sous-traitants bénéficiant du paiement direct l'exécution de prestations pour un montant supérieur à celui qui a été indiqué dans le marché ou l'acte spécial, il demande la modification de l'exemplaire unique ou du certificat de cessibilité prévus à l'article 106 du code.

**L'entrepreneur principal peut nantir son marché et sous-traiter**. Mais le montant maximum de la créance que l'entrepreneur principal est autorisé à céder ou à donner en nantissement à sa banque est limité aux travaux qu'il effectue personnellement. En cas de nantissement ou de cession de la totalité des créances, l'entrepreneur principal désirant sous-traiter doit donc réduire le nantissement ou la cession (et en justifier auprès du maître d'ouvrage par une attestation de sa banque) afin de ne pas faire obstacle au paiement direct du sous-traitant (loi de 1975, art. 9 ; et CMP, art. 114-3).

L'article 114-3° du Code des marchés publics dispose, en effet, que si l'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité a été remis en vue d'une cession ou d'un nantissement de créances et ne peut être restitué, le titulaire justifie soit que la cession ou le nantissement de créances concernant le marché est d'un montant tel qu'il ne fait pas obstacle au paiement direct de la partie sous-traitée, soit que son montant a été réduit afin que ce paiement soit possible.

Cette justification est donnée par une attestation du bénéficiaire de la cession ou du nantissement de créances résultant du marché.

Le pouvoir adjudicateur ne peut pas accepter un sous-traitant ni agréer ses conditions de paiement si l'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité n'a pas été modifié ou si la justification mentionnée ci-dessus ne lui a pas été remise.

Toute modification dans la répartition des prestations entre le titulaire et les sous-traitants payés directement, ou entre les sous-traitants eux-mêmes, exige également la modification de l'exemplaire unique ou du certificat de cessibilité ou, le cas échéant, la production d'une attestation ou d'une mainlevée du ou des cessionnaires.

Tant que la formule d'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité n'ont pas été modifiés, le sous-traitant ne peut bénéficier régulièrement du paiement direct et nantir ou céder lui-même sa propre part de marché. Le Conseil d'État a ainsi rappelé qu'un sous-traitant ayant fait l'objet d'une acceptation et d'un agrément n'avait pourtant aucun droit au paiement direct, faute d'une réduction du nantissement (CE, 2 juin 1989, Société Phinelec).

De même, en l'absence de production de l'exemplaire unique (ou d'une attestation de la banque cessionnaire), l'acceptation du sous-traitant n'a pu légalement intervenir et le maître d'ouvrage a dû payer la banque, malgré les paiements effectués à l'entreprise principale et aux sous-traitants (CAA Lyon, 2e ch., 19 juin 1997, National Westminster Bank).

**La règle est la même en marchés privés**. Une cession de créance excédant la part de travaux réalisée personnellement par un sous-traitant de premier rang est, sans égard à la date de sa notification, inopposable au sous-traitant de second rang, même occulte, du seul fait qu'elle est intervenue en fraude de ses droits. La non-présentation par l'entrepreneur principal du sous-traitant de premier rang au maître d'ouvrage engage sa responsabilité délictuelle à l'en-

contre du sous-traitant de second rang (Cass. 3e civ., 30 janvier 2007, Eurovia c/ Banque populaire de Bourgogne).

**Travaux supplémentaires et paiement direct**. Le sous-traitant bénéficiera du paiement direct pour ses travaux supplémentaires à condition que l'entrepreneur principal ait fait signer au maître d'ouvrage un acte spécial fixant le nouveau montant des sommes à payer directement au sous-traitant.

**Sujétions imprévues bouleversant l'économie du marché**. Le sous-traitant qui bénéficie du droit au paiement direct a également droit au paiement des dépenses résultant pour lui de sujétions imprévues qui ont bouleversé l'économie générale du marché, dans les mêmes conditions que pour les travaux dont la sous-traitance a été expressément mentionnée dans le marché ou dans l'acte spécial signé par l'entrepreneur principal et par le maître d'ouvrage (CE 24 juin 2002, Département de la Seine-Maritime).

**Paiement des travaux indispensables et des sujétions imprévues au sous-traitant**. En l'espèce, les travaux supplémentaires exécutés par le sous-traitant étaient indispensables. La commune est condamnée à verser au sous-traitant la somme correspondant aux coûts de ces travaux : « *Le sous-traitant bénéficiant du paiement direct des prestations sous-traitées a également droit au paiement direct pour les travaux supplémentaires qu'il a exécutés et qui ont été indispensables à la réalisation de l'ouvrage ainsi que pour les dépenses résultant pour lui de sujétions imprévues qui ont bouleversé l'économie générale du marché, dans les mêmes conditions que pour les travaux dont la sous-traitance a été expressément mentionnée dans le marché ou dans l'acte spécial signé par l'entrepreneur principal et par le maître de l'ouvrage* » (CAA Douai, 3 avril 2014, Les Compagnons paveurs c/ commune de Montataire).

**Le sous-traitant ne peut prétendre au paiement direct par le maître d'ouvrage des sommes correspondant aux travaux exécutés antérieurement à la date d'acceptation** expresse et qui ne sont pas entièrement payés en raison de la mise en redressement judiciaire de l'entreprise générale (CE, 14 novembre 1984, OPHLM de Paris c/ entreprise Olivo). Le sous-traitant n'a droit au paiement direct que pour les seules prestations exécutées postérieurement à son agrément par le maître d'ouvrage (CAA Versailles, 2 mai 2007, Commune de Mantes-la-Jolie).

La cour administrative d'appel de Lyon indique que, conformément à l'article 6 alinéa 1er de la loi du 31 décembre 1975, « *le sous-traitant n'est en droit de prétendre au paiement direct par le maître d'ouvrage que des travaux exécutés postérieurement à la date à compter de laquelle le contrat de sous-traitance desdits travaux a été agréé par le maître d'ouvrage* ». Les juges estiment qu'ayant « été réalisés avant la date d'*effet de l'acceptation du sous-traitant et de l'agrément de ses conditions de paiement, ces travaux ne pouvaient donner lieu à paiement direct à ce dernier, mais devaient être réglés* » par le titulaire du marché. (CAA Lyon, 6 juin 2013, Ehpad d'Eiffiat).

**Mise en place partielle du paiement direct**. L'entreprise principale ayant partiellement mis en place le paiement direct doit être considérée comme n'ayant pas respecté les dispositions de la loi de 1975. Elle encourt les mêmes sanctions que si elle n'avait pas mis en place le paiement direct (CA Paris, 19e ch. A, 23 mai 2001, Société Levaux c/ Établissements Cabrol Frères).

**Réduction du paiement direct : accord du sous-traitant obligatoire**. La cour administrative d'appel de Bordeaux rappelle « *qu'en l'absence de modification de la part du marché dont le sous-traitant assure l'exécution, le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur principal ne peuvent, par un acte spécial modificatif, réduire le montant du droit au paiement direct du sous-traitant,*

*lorsque celui-ci fait partie des conditions de paiement prévues par le marché signé entre le titulaire et son sous-traitant et agréées par le maître d'ouvrage, sans avoir préalablement obtenu l'accord, même tacite, du sous-traitant* » (CAA Bordeaux, 12 décembre 2013, OPH Aquitanis).

**Le paiement direct et l'action directe sont exclusifs l'un de l'autre**. Une entreprise titulaire d'un marché public sous-traite une partie de ses prestations, mais ne fait pas bénéficier le sous-traitant du paiement direct. Celui-ci se retrouve impayé et demande au maître d'ouvrage de le régler, lequel refuse en faisant valoir qu'il a tout payé à l'entrepreneur principal. Le Conseil d'État estime que le fait que le paiement direct, obligatoire en l'espèce, n'ait pas été mis en place, n'autorise pas un recours contre le maître d'ouvrage sur le fondement de l'action directe. De plus, il ne résultait pas de l'instruction que le maître d'ouvrage ait eu connaissance de la présence du sous-traitant. Le maître d'ouvrage n'a donc commis aucune faute en ne régularisant pas sa situation (CE, 15 novembre 2012, Hospices civils de Lyon).

**Le sous-traitant a droit au paiement des intérêts moratoires**. En vertu de l'article 98 du Code des marchés publics, le sous-traitant a droit au paiement des intérêts moratoires sur les sommes retenues par le maître d'ouvrage dès lors qu'une demande de paiement pour les prestations réalisées par le sous-traitant a été transmise dans les formes et délais requis à l'article 116 du Code des marchés publics, les intérêts courant à compter du jour suivant l'expiration du délai de paiement et ce, jusqu'à la date de mise en paiement du principal (CAA Marseille, 27 avril 2004, Société Sima Entreprise).

**Le sous-traitant de second rang (indirect) ne bénéficie pas du paiement direct**. L'article 6 de la loi de 1975 limite le droit au paiement direct au sous-traitant « direct du titulaire du marché » (sous réserve qu'il ait été accepté et que ses conditions de paiement aient été agréées par le maître d'ouvrage). Mais le sous-traitant de second rang doit néanmoins être déclaré au maître d'ouvrage par le sous-traitant de premier rang, lequel doit en outre fournir une caution ou une délégation de paiement pour garantir le paiement de son sous-traitant.

#### *2. Les modalités du paiement direct par le maître d'ouvrage public (CMP, art. 116)*

Le sous-traitant adresse sa demande de paiement et les factures justificatives au titulaire, par lettre recommandée avec accusé de réception ou par dépôt contre récépissé (Loi de 1975, art. 8 ; CMP, art. 116).

Sans attendre la réponse du titulaire, le sous-traitant envoie sa demande de paiement au maître d'ouvrage (ou au maître d'œuvre, le cas échéant), accompagnée des factures justificatives et de la pièce attestant que le titulaire a reçu la demande, ou éventuellement de l'avis postal signalant le refus ou la non-réclamation du pli adressé au titulaire.

**Le titulaire dispose d'un délai de quinze jours** à compter de la réception de la demande de paiement du sous-traitant pour donner son accord, total ou partiel, ou refuser le paiement. Il doit adresser son refus au sous-traitant ainsi qu'au maître d'ouvrage par lettre recommandée avec accusé de réception.

**Son accord est réputé acquis s'il garde le silence pendant ce délai**. En d'autres termes, le titulaire doit faire preuve de réactivité dès qu'il reçoit les factures du sous-traitant. Il incombe à l'entreprise principale de formuler un éventuel refus motivé lorsqu'elle reçoit le décompte du sous-traitant, y compris si elle a précédemment déjà exprimé des critiques sur les prestations de son sous-traitant (CAA Bordeaux, 12 décembre 1995).

**Lorsque l'entreprise principale a opposé un refus motivé à la demande de paiement du sous-traitant dans le délai de quinze jours, il ne peut y avoir de droit au paiement direct**

(CAA Lyon, 1re ch., 15 octobre 1999, Société Prodireg). Le refus de l'entreprise principale peut résulter tant de l'appréciation de la valeur des travaux exécutés par le sous-traitant que de l'application de pénalités de retard.

**Paiement direct du sous-traitant. L'opposition de l'entreprise principale doit être faite dans les quinze jours**. L'entrepreneur principal a quinze jours à compter de la date à laquelle il est saisi par le sous-traitant d'une demande tendant à son paiement direct par le maître d'ouvrage pour faire connaître son acceptation ou son refus motivé. S'il n'a pas formulé un tel refus dans ce délai, il est censé avoir accepté cette demande. Le Conseil d'État considère qu'*« il résulte des dispositions de la loi du 31 décembre 1975 et du Code des marchés publics* [article 116] *que si l'entrepreneur principal dispose d'un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle il a été saisi, par le sous-traitant, d'une demande tendant à son paiement direct par le maître d'ouvrage, pour faire connaître son acceptation ou son refus motivé,* ***il doit, faute d'avoir formulé un tel refus dans ce délai, être regardé comme ayant accepté définitivement la demande de paiement*** *»*. Il en a conclu que **le refus du titulaire, exprimé après l'expiration du délai de quinze jours**, *« **ne saurait constituer le refus motivé*** […] *sur lequel le maître d'ouvrage peut régulièrement fonder son refus de payer au sous-traitant les sommes »* (CE, 21 février 2011, Communauté urbaine de Cherbourg).

**L'opposition au paiement faite après l'expiration du délai de quinze jours n'est pas valable**. En l'espèce, l'entrepreneur principal n'avait pas répondu dans le délai imparti. Il est donc réputé avoir accepté les demandes du sous-traitant : « S*i l'entrepreneur principal dispose d'un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle il a été saisi, par le sous-traitant, d'une demande tendant à son paiement direct par le maître d'ouvrage, pour faire connaître son acceptation ou son refus motivé, il doit, faute d'avoir formulé un tel refus dans ce délai, être regardé comme ayant accepté définitivement la demande de paiement ;* ***que, dès lors, le refus qu'il exprimerait après l'expiration du délai de quinze jours ne saurait constituer le refus motivé****, au sens de ces dispositions, sur lequel le maître d'ouvrage peut régulièrement fonder son refus de payer au sous-traitant les sommes demandées* » (CAA Douai, 3 avril 2014, Les Compagnons paveurs c/ commune de Montataire).

**Sans opposition de l'entreprise principale dans les quinze jours, le maître d'ouvrage doit solder intégralement le sous-traitant, seul le titulaire est tenu à l'égard du maître d'ouvrage des malfaçons, y compris celles dues au sous-traitant**. *Considérant que le centre hospitalier universitaire de Poitiers ne saurait imputer sur les sommes dues au sous-traitant le coût des réparations des malfaçons constatées dans l'exécution des travaux, dès lors que* ***seul le titulaire du marché est contractuellement tenu à l'égard du maître de l'ouvrage de la bonne exécution de l'ensemble des travaux, et notamment de ceux exécutés par son sous-traitant*** *; qu'il en résulte que le centre hospitalier universitaire de Poitiers n'était pas en droit de réduire le solde demandé par la société JBI d'un montant de 12 734 euros représentant le coût des reprises des dégradations et salissures qui auraient été constatées dans l'exécution des travaux sous-traités à cette société, alors même que cette retenue lui était demandée par le titulaire du marché dans une lettre du 13 février 2009, postérieure au délai de quinze jours dont il disposait pour adresser un refus motivé à la demande de paiement de son sous-traitant »* (CAA Bordeaux, 31 octobre 2013, CHU Poitiers).

**Le maître d'ouvrage ne peut motiver son refus du paiement direct par des réserves constatées à la réception des travaux réalisés par le sous-traitant**. Le maître d'ouvrage ne peut s'opposer au paiement direct du sous-traitant en se fondant sur les stipulations du marché conclu avec l'entreprise principale relatives aux réserves lors de la réception des

travaux. On ne peut opposer au sous-traitant les stipulations relatives aux réserves à la réception : elles régissent, dans le cadre du marché (du titulaire), les relations entre le maître d'ouvrage et l'entreprise titulaire du marché. Ces stipulations ne peuvent en principe concerner le sous-traitant, puisque celui-ci n'est pas lié au maître d'ouvrage par ce marché. En effet, ni l'article 6 de la loi du 31 décembre 1975 ni l'article 116 du Code des marchés publics, relatifs aux modalités du paiement direct, n'ont pour objet ou pour effet de créer à la charge du sous-traitant des obligations contractuelles vis-à-vis du maître d'ouvrage auquel il n'est pas lié par contrat. D'une façon plus générale, le maître d'ouvrage ne peut opposer au sous-traitant les réserves lors de la réception des travaux, les délais d'exécution des travaux ou les pénalités de retard (CAA Lyon, 15 mai 2014, SA Sefers).

**Le sous-traitant doit lui aussi faire preuve de diligence**. S'il se contente d'adresser sa demande de paiement au titulaire, il s'expose au risque que ce dernier ne la transmette pas au maître d'ouvrage. Or, même si le titulaire valide tacitement cette demande du fait de son silence, le maître d'ouvrage, à défaut d'avoir été saisi « en temps utile » (c'est-à-dire avant la notification du décompte général au titulaire) par le sous-traitant, est fondé à régler dans des « délais normaux » la totalité du solde du marché au titulaire (CE, 28 décembre 1988).

**La demande du sous-traitant n'est pas valable si elle n'est pas accompagnée des pièces justificatives** (CE, 5 octobre 2007), mais le sous-traitant qui ne respecte pas la procédure prévue par les textes ne saurait être définitivement privé du bénéfice du paiement direct, dès lors que sa demande est présentée en temps utile et que le titulaire n'a pas été intégralement payé au moment de la réclamation du sous-traitant (CAA Bordeaux, 3 avril 2013, n° 11BX02720).

**Le maître d'ouvrage ne peut, en principe, apprécier le bien-fondé des motifs invoqués par le titulaire pour refuser le paiement au sous-traitant**. Lorsque le titulaire émet un refus motivé, le maître d'ouvrage ne peut pas, en principe, mandater les sommes dues au sous-traitant. La circulaire du 7 octobre 1976 relative à la réforme du régime de la sous-traitance dans les marchés publics indique qu'il ne peut pas porter une appréciation sur les motifs du refus. Le maître d'ouvrage n'a pas à apprécier le bien-fondé des motifs invoqués par le titulaire lorsqu'ils sont liés à l'exécution du contrat de sous-traitance (CAA Lyon, 15 octobre 1998, n° 95LY00629).

**Mais un simple rejet de la demande de paiement sans justification n'est pas valable** (CE, 25 novembre 1994, n° 85341).

**Le maître d'ouvrage peut également passer outre un motif manifestement erroné**. La circulaire de 1976 évoque la possibilité de passer outre le refus de l'entreprise principale en cas de motif manifestement erroné. Par exemple, un refus fondé sur la résiliation du contrat de sous-traitance alors que les prestations sous-traitées avaient été exécutées avant la date de la résiliation (CAA Paris, 3 juin 1997, n° 96PA01215).

**La loi de 1975 ne fait pas obstacle au contrôle par le maître d'ouvrage du montant de la créance du sous-traitant, même après l'accord du titulaire**. L'accord du titulaire n'entraîne pas une automaticité du paiement direct. Le maître d'ouvrage conserve la faculté de contrôler, d'une part, que les prestations dont le sous-traitant réclame le paiement correspondent bien à celles décrites dans l'acte spécial (CE, 17 novembre 2003, n° 250494) et, d'autre part, que le sous-traitant a effectivement exécuté ces prestations (CE, 28 avril 2000, Société Peinture Normandie). En d'autres termes, le sous-traitant ne peut prétendre à un règlement automatique et il lui appartient de démontrer le bien-fondé de ses prétentions en fonction des travaux qu'il a exécutés et des prix stipulés au marché.

Le maître d'ouvrage peut refuser de payer les acomptes que l'avancement du chantier ne justifie pas (CE, 29 juin 2005, n° 265952).

Dès lors que la pose de clôtures différentes de celles prévues à l'origine n'avait pas donné lieu à un avenant ou à un ordre de service et n'*était pas indispensable à la réalisation des travaux selon les règles de l'*art, c'est à bon droit que le maître d'ouvrage en a refusé le paiement. Peu importe que les factures présentées par le sous-traitant aient été acceptées par l'entreprise principale, **le maître d'ouvrage n'avait pas l'obligation de les régler sans procéder au contrôle de leur montant au regard des prestations réellement assurées par le sous-traitant et des prix stipulés** (CAA Bordeaux, 9 décembre 2010, Société Espace Protect).

La cour administrative d'appel de Lyon considère que les dispositions relatives aux modalités de paiement direct du sous-traitant « *ne font pas obstacle au contrôle par le maître de l'ouvrage du montant de la créance du sous-traitant, compte tenu des travaux qu'il a exécutés et des prix stipulés par le marché* ». Dès lors, « ***le sous-traitant n'a le droit d'obtenir le paiement direct des travaux sous-traités, que dans la mesure où il justifie de leur réalisation effective*** » (CAA Lyon, 17 avril 2014, SAEML Languedoc Roussillon Aménagement. Voir également en ce sens : CE, 20 avril 2000, Société Peinture Normandie).

**Mais impossibilité pour le maître d'ouvrage d'opposer au sous-traitant ses propres rapports avec l'entrepreneur principal**.

En vertu du droit au paiement direct, le maître d'ouvrage public **ne peut pas s'estimer libéré de sa dette à l'égard du sous-traitant par le paiement effectué auprès de l'entrepreneur principal** (Cass. 3e civ., 7 octobre 1998 ; et CE, 17 octobre 2003, Commune de Chalabre). Lorsque l'accord de l'entrepreneur principal est donné sur les demandes de paiement du sous-traitant, le maître d'ouvrage ne peut s'opposer au paiement direct en invoquant d'éventuelles malfaçons qui relèvent, en fait, de la responsabilité contractuelle de l'entreprise titulaire du marché (CAA Bordeaux, 1er janvier 1993 ; CAA Paris, 19 septembre 1995, Commune de Roquencourt).

L'obligation du maître d'ouvrage à l'égard du sous-traitant n'est pas limitée aux sommes restant dues au titulaire (CAA Lyon, 31 décembre 1993, OPAC de la ville de Vienne).

**Le maître d'ouvrage ne peut refuser de payer le sous-traitant en invoquant le décompte général et définitif établi avec le titulaire et sur lequel ne figuraient pas les sommes réclamées par le sous-traitant** : « *Considérant que la circonstance que le décompte général et définitif de l'entreprise titulaire du lot, établi plusieurs mois après la demande de paiement du sous-traitant, fasse apparaître un solde négatif, ne saurait justifier le rejet de cette demande : que la réalité des travaux effectués par la société et ayant fait l'objet de l'acte spécial en date du 29 juillet 1999, n'est pas sérieusement contestée* […] » (CAA Bordeaux, 12 décembre 1995 ; confirmé par CE, 17 octobre 2003, et CE, 3 juin 2005).

Inopposabilité au sous-traitant des stipulations relatives aux pénalités ou aux délais d'exécution des travaux prévus au marché principal (CAA Lyon, 28 juin 2001, Commune de Genay).

**Le maître d'ouvrage ne peut pas imputer sur les sommes dues au sous-traitant des pénalités de retard**. Dans une espèce où l'entrepreneur principal n'avait pas opposé de refus motivé aux deux situations présentées par un sous-traitant, le maître d'ouvrage refuse de verser la somme réclamée par le sous-traitant pour un motif tiré des prétendues défaillances contractuelles du sous-traitant vis-à-vis de l'entreprise générale qui ne les avait pas invoquées en temps utile. La cour administrative d'appel de Versailles rejette l'argumentation du maître d'ouvrage (il ne lui appartient pas de faire application des stipulations contractuelles relatives

aux pénalités de retard relevant du contrat de sous-traitance) et le condamne à payer les sommes dues au sous-traitant avec les intérêts calculés à compter de l'expiration du délai de mandatement des sommes : « *Si les procédures instituées par les dispositions précitées de l'article 8 de la loi du 31 décembre 1975* […] *ne font pas obstacle au contrôle par le maître d'ouvrage du montant de la créance du sous-traitant compte tenu des travaux qu'il a exécutés et des prix stipulés par le marché,* ***il ne lui appartient pas****, dans le cadre de ce contrôle,* ***de faire application des stipulations contractuelles relatives aux pénalités de retard relevant du contrat conclu avec l'entrepreneur général*** » (CAA Versailles, 21 juillet 2006, Cegelec c/ centre hospitalier intercommunal de Saint-Germain-en-Laye).

**Le sous-traitant bénéficiant du paiement direct peut-il néanmoins réclamer le règlement à l'entrepreneur principal ?** Juridiquement, le paiement direct s'analyse comme une délégation de paiement qui ne décharge pas l'entrepreneur principal de l'obligation de payer son sous-traitant, à moins que le contrat de sous-traitance n'ait prévu une telle décharge, établissant ainsi une délégation parfaite. C'est ce que juge la Cour de cassation : « *L'institution dans les marchés publics d'un* ***paiement direct du sous-traitant par le maître d'ouvrage*** *ne fait pas disparaître le contrat de sous-traitance et* ***laisse au sous-traitant la faculté d'agir en paiement contre l'entrepreneur principal*** *ou de solliciter la fixation de sa créance, sans être contraint d'épuiser auparavant les voies de recours contre le maître d'ouvrage* » (Cass. 3e civ., 3 décembre 2008).

**Les entrepreneurs ne peuvent pas convenir dans le sous-traité que le paiement du sous-traitant sera effectué directement par le titulaire.** Cela serait contraire à la loi de 1975, dont les dispositions sont d'ordre public. Cependant, le Conseil d'État a admis que ces dispositions « *ne font pas obstacle à ce que le paiement* [du] *sous-traitant soit directement effectué par le titulaire du marché, éteignant ainsi à due concurrence la créance du sous-traitant sur le maître d'ouvrage* » (CE, 23 mai 2011, n° 338780). **Néanmoins**, lorsque le titulaire choisit de régler lui-même son sous-traitant, il doit se prémunir d'un refus du maître d'ouvrage de lui payer les sommes qu'il a versées au sous-traitant. Pour cela, il fournira au maître d'ouvrage une attestation de paiement produite par le sous-traitant, et visée par ses soins. Ce justificatif sera nécessaire pour que le trésorier accepte de réaffecter les fonds au titulaire. La solution adoptée par le Conseil d'État ne doit pas laisser penser qu'il existe une option entre paiement par le maître d'ouvrage et paiement par le titulaire. Le paiement par le titulaire ne se substitue pas au mécanisme du paiement direct, il peut seulement s'y ajouter.

### 4.2.3. La garantie de paiement due aux sous-traitants indirects : une caution ou une délégation de paiement

L'article 6 de la loi du 31 décembre 1975 modifiée prévoit que :

> *Le sous-traitant qui confie à un autre sous-traitant l'exécution d'une partie du marché dont il est chargé est tenu de lui délivrer une caution ou une délégation de paiement dans les conditions définies à l'article 14.*

Cela limite le droit au paiement direct aux seuls sous-traitants du titulaire du marché, c'est-à-dire les sous-traitants de premier rang.

Les sous-traitants de rang plus élevé doivent recevoir une caution bancaire ou une délégation de paiement (comme dans les marchés privés).

### *1. La caution de sous-traitance*

La caution prévue par la loi doit consister en un **engagement personnel et solidaire d'un établissement financier** permettant au sous-traitant d'être réglé par ce dernier en cas de défaillance de l'entrepreneur principal.

Un modèle de caution de sous-traitance a été rédigé en ce sens par la Fédération des banques françaises (FBF), la Fédération française du bâtiment (FFB) et la Fédération nationale des travaux publics (FNTP). Ce modèle est reproduit au paragraphe 4.3.2. du présent chapitre, relatif à la caution de sous-traitance dans les marchés privés.

La caution est fournie par la banque du sous-traitant qui sous-traite à son tour une partie de son marché, c'est-à-dire par le **sous-traitant de rang un au sous-traitant de rang deux**, ou par le sous-traitant de rang deux au sous-traitant de rang trois.

Le CCAG Travaux 2009 précise dans son article 3.6.2.4 que :

> *L'exécution des travaux par le sous-traitant indirect ne peut intervenir avant que le représentant du pouvoir adjudicateur n'ait accusé réception au titulaire d'une copie de la caution personnelle et solidaire mentionnée à l'article 14.1 de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 modifiée, relative à la sous-traitance, ou avant la signature, par le représentant du pouvoir adjudicateur, de l'acte par lequel l'entrepreneur principal donne délégation au représentant du pouvoir adjudicateur pour paiement à son sous-traitant à concurrence du montant des prestations exécutées par ce dernier.*

Il ajoute dans son article 3.6.2.5 que :

> *Si le paiement du sous-traitant indirect est garanti par une caution personnelle et solidaire, une attestation du titulaire indiquant qu'il en a reçu copie, est jointe à l'envoi de la caution.*

**En d'autres termes** :

- le sous-traitant direct adresse au sous-traitant indirect la caution accompagnée d'une attestation du titulaire indiquant qu'il en a reçu copie ;
- et le titulaire adresse au représentant du pouvoir adjudicateur, qui lui en accuse réception, une copie de la caution personnelle et solidaire délivrée au sous-traitant indirect.

**L'entrepreneur principal du sous-traitant indirect** (le sous-traitant direct) **correspond avec son propre entrepreneur principal** (le titulaire) **et non pas directement avec le maître d'ouvrage**.

### *2. La délégation de paiement*

La délégation consiste en un **engagement du maître d'ouvrage à payer directement le sous-traitant** en exécution d'un accord passé avec l'entrepreneur principal.

Aucune formalité particulière n'est requise ; seul le consentement des trois parties intéressées doit être établi de façon certaine.

**La délégation de paiement se distingue du paiement direct par l'obligation d'un accord des trois parties** : le maître d'ouvrage, l'entrepreneur principal et le sous-traitant, alors que le paiement direct ne requiert, quant à lui, aucun accord, puisque c'est la loi qui l'instaure obligatoirement.

Il n'existe aucun ordre de priorité entre la caution ou la délégation : l'entrepreneur principal doit fournir l'une ou l'autre des garanties prévues par la loi, avant le début des travaux du sous-traitant.

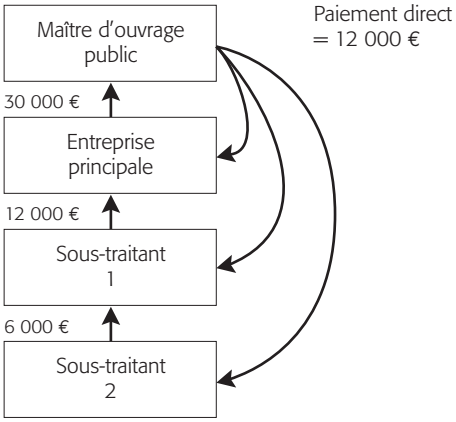
**La délégation de paiement est toujours faite avec le maître d'ouvrage**. Interviendront également le sous-traitant qui sous-traite une partie de son contrat et son cocontractant, c'est-à-dire le sous-traitant de rang un et le sous-traitant de rang deux, ou le sous-traitant de rang deux et le sous-traitant de rang trois.

Le CCAG Travaux 2009 précise dans son article 3.6.2.6 que :

> *En cas de délégation de paiement, l'entrepreneur principal du sous-traitant indirect transmet au titulaire, aux fins de remise au représentant du pouvoir adjudicateur, l'acte par lequel l'entrepreneur principal donne délégation au représentant du pouvoir adjudicateur pour paiement à son sous-traitant à concurrence du montant des prestations exécutées par ce dernier. Cet acte, qui doit être remis au représentant du pouvoir adjudicateur contre récépissé ou lui être adressé par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, comporte l'ensemble des informations mentionnées à l'article 114 du Code des marchés publics.*

En d'autres termes, en cas de délégation de paiement :

- le sous-traitant direct (entrepreneur principal du sous-traitant indirect) transmet au titulaire (pour remise contre récépissé, ou envoi par lettre recommandée avec accusé de réception au représentant du pouvoir adjudicateur) l'acte par lequel le sous-traitant direct (entrepreneur principal) donne délégation au représentant du pouvoir adjudicateur de payer le sous-traitant indirect à concurrence des prestations qu'il exécute ;
- et le représentant du pouvoir adjudicateur signe la délégation de paiement.




### 4.2.4. L'action indemnitaire : la responsabilité du maître d'ouvrage public vis-à-vis du sous-traitant impayé

L'article 14-1 de la loi du 31 décembre 1975 modifiée est ainsi rédigé :

> *Pour les contrats de travaux de bâtiment et de travaux publics :*
> – ***le maître de l'ouvrage doit, s'il a connaissance de la présence sur le chantier d'un sous-traitant** n'ayant pas fait l'objet des obligations définies à l'article 3, ou à l'article 6, ainsi que celles définies à l'article 5 [en d'autres termes, face à un sous-traitant non déclaré], **mettre l'entrepreneur principal** ou le sous-traitant **en demeure de s'acquitter de ces obligations** [c'est-à-dire de présenter le sous-traitant et de faire agréer ses conditions de paiement]. Ces dispositions s'appliquent aux marchés publics et privés ;*
> – ***si le sous-traitant** accepté, et dont les conditions de paiement ont été agréées par le maître de l'ouvrage dans les conditions définies par décret en Conseil d'État, **ne bénéficie pas de la délégation***

***de paiement, le maître de l'ouvrage doit exiger de l'entrepreneur principal qu'il justifie avoir fourni une caution.***

Ainsi, l'article 14-1 de la loi de 1975 impose au maître d'ouvrage, **s'il a connaissance de la présence d'un sous-traitant non déclaré** et ne bénéficiant pas d'une garantie de paiement, **de mettre l'entrepreneur en demeure** de s'acquitter de ses obligations et de lui déclarer ce sous-traitant. Il doit également **vérifier que l'entrepreneur principal a fourni la caution ou la délégation de paiement**.

Si, ayant connaissance de l'intervention d'un sous-traitant non déclaré sur son chantier, le maître d'ouvrage ne met pas en demeure l'entrepreneur principal de faire accepter son sous-traitant et ne s'assure pas de la bonne délivrance de la garantie de paiement, il commet une faute qui relève de la responsabilité civile quasi délictuelle et pourrait l'obliger à payer le sous-traitant alors qu'il aurait déjà réglé l'entrepreneur principal.

**Trois conditions** doivent être remplies pour que le maître d'ouvrage public puisse être condamné à payer les travaux une seconde fois :

- avoir eu connaissance de l'intervention d'un sous-traitant non accepté par ses soins sur son chantier : grâce au registre journal (RJ) en matière de coordination SPS, par exemple ;
- ne pas avoir mis en demeure l'entrepreneur principal de lui présenter ledit sous-traitant ;
- ne pas avoir demandé à l'entreprise principale la preuve de la délivrance d'une garantie de paiement au sous-traitant : caution ou délégation de paiement.

**La mise en demeure** prévue par l'article 14-1 s'analyse comme une injonction personnelle que le maître d'ouvrage doit donner à l'entrepreneur principal.

Selon la cour d'appel de Paris, la mise en demeure doit être adressée en recommandé avec accusé de réception et doit nommer le sous-traitant irrégulier, la loi imposant au maître d'ouvrage « *de vérifier que l'entrepreneur principal lui a répondu de façon suffisamment précise pour lui permettre d'exercer un choix motivé soit en refusant d'accepter le sous-traitant ou d'agréer ses conditions de paiement, soit en exigeant la justification éventuelle de la caution et en en vérifiant la portée* » (CA Paris, 23e ch., 30 janvier 1998).

Si le maître d'ouvrage met en demeure l'entrepreneur principal et n'obtient pas de celui-ci la régularisation souhaitée, il doit réitérer sa mise en demeure et prendre toute mesure coercitive à son égard et, notamment, stopper tout paiement, sans exclure d'aller à la résiliation du marché (CA Paris, 19e ch., 3 février 2003, Société Cecogi).

#### *Le préjudice à réparer*

Le Conseil d'État a retenu **une responsabilité pour faute à l'encontre d'un maître d'ouvrage public** ayant toléré l'intervention d'un sous-traitant irrégulier. Mais la sanction appliquée par le Conseil d'État conduit à une répartition des responsabilités entre le maître d'ouvrage, l'entrepreneur principal et le sous-traitant.

**L'indemnité allouée au sous-traitant est, dans la plupart des cas, limitée au tiers de sa créance impayée**. Mais la responsabilité du maître d'ouvrage peut être plus importante, notamment lorsqu'il accepte le sous-traitant dans des conditions ne permettant pas au sous-traitant de bénéficier du paiement direct.

La responsabilité de l'Administration n'est retenue que pour autant qu'elle n'ait pas agi alors qu'elle disposait des éléments d'information suffisants pour agir, à l'instar d'une lettre envoyée

par l'entreprise principale faisant état de l'existence d'un contrat de sous-traitance (CE, 9 mars 2004, M. JC, Y et autres c/ OPHLM Saint-Denis).

Le Conseil d'État considère que « *nonobstant la présence de représentants de ces entreprises à quelques rendez-vous de chantier, dont certains situés à une date où la défaillance de l'entrepreneur principal était imminente, la commune de Chécy ne peut être regardée comme ayant été suffisamment informée de la nature de leur intervention et du contenu de leurs liens avec l'entrepreneur principal pour être tenue de régulariser leur situation au regard des articles 3 et 6 de la loi du 31 décembre 1975* » (CE, 6 novembre 1985, Commune de Chécy).

**Il appartient au sous-traitant de prouver qu'il a entretenu des relations directes et caractérisées avec le maître d'ouvrage**, notamment « *via une collaboration effective du sous-traitant avec le maître d'ouvrage, ou l'existence de relations directes et caractérisées* », pour démontrer que l'Administration avait réellement connaissance de l'existence du sous-traitant et qu'elle n'a pas fait diligence pour obliger le titulaire du marché à lui déclarer son sous-traitant pour prouver la faute de l'Administration (CE, 11 mars 2009, Société Dominique Housieaux).

**Différents prétextes peuvent permettre au sous-traitant de se faire connaître du maître d'ouvrage**. Il peut demander des précisions sur le panneau de chantier, réclamer les documents nécessaires au nantissement de son marché, demander des précisions sur la coordination SPS, transmettre pour avis des plans d'exécution. Cette preuve pourra également être apportée par la production de procès-verbaux de comptes rendus de chantier citant ensemble le sous-traitant et le maître d'ouvrage sans que ce dernier s'avise d'exiger le respect des dispositions de la loi de 1975 ou par l'envoi d'un PPSPS dès le début du chantier au maître d'ouvrage. En tout état de cause, il s'agit de démontrer par tous moyens que le maître d'ouvrage aurait pu régulariser la situation dans un bref délai alors qu'il restait débiteur de l'entreprise principale. Peu importe d'ailleurs que le maître d'ouvrage n'ait découvert l'existence du sous-traitant qu'après la réception des travaux (Cass. 3$^{e}$ civ., 16 septembre 2003, Société Etandex c/ SCI 102 bd Saint-Denis).

### 4.2.5. Conclusion : conséquences d'une sous-traitance irrégulière

#### *1. Conséquences pour l'entrepreneur principal*

Le titulaire du marché (l'entrepreneur principal) qui n'aurait pas fait accepter un sous-traitant par le maître d'ouvrage encourt plusieurs sanctions.

**Il ne pourra faire jouer la responsabilité contractuelle du sous-traitant**. L'entrepreneur principal (titulaire du marché) sera néanmoins tenu envers le sous-traitant, mais ne pourra invoquer le contrat de sous-traitance à l'encontre du sous-traitant (article 3, deuxième alinéa de la loi). En d'autres termes, le non-respect du principe d'acceptation préalable interdit ensuite à l'entreprise titulaire du marché de faire jouer la responsabilité contractuelle du sous-traitant (en raison de sa défaillance partielle ou totale dans l'exécution de ses obligations) et ne pourra rechercher celle-ci que sur un autre fondement, alors que le sous-traitant pourra agir contre l'entrepreneur principal sur le fondement de ce même contrat de sous-traitance.

**Il encourra la résiliation de son marché à ses frais et risques**. Les marchés publics contiennent généralement une clause stipulant la possibilité pour le pouvoir adjudicateur de résilier le contrat pour faute, après mise en demeure, aux frais et risques du titulaire du marché.

Il encourra une amende de 7 500 € pour non-déclaration du sous-traitant (article L. 8271-1-1 du Code du travail).

***2. Conséquences pour le sous-traitant non déclaré***

Le sous-traitant occulte sera lui aussi sanctionné.

**Il ne pourra bénéficier des mécanismes de protection** de la loi de 1975 : droit au paiement direct ou caution ou délégation de paiement. Il pourra toutefois bénéficier du paiement direct pour les prestations réalisées après la régularisation de sa situation (CAA Lyon, 11 mai 2006, SARL Qualia).

**Il ne pourra bénéficier des dispositions du Code des marchés publics en faveur des sous-traitants déclarés** : l'avance, la périodicité des acomptes, les délais de paiement, le versement des intérêts moratoires, la cession ou le nantissement de sa créance. Il ne pourra pas non plus saisir le maître d'ouvrage de ses demandes de paiement en cas de litige avec l'entreprise principale et ne pourra donc pas, sous certaines conditions, être payé par le maître d'ouvrage sans l'accord de l'entreprise principale.

**Il ne pourra se retourner contre l'Administration**, sauf à démontrer la faute du maître d'ouvrage dans le non-respect de l'obligation de mettre en demeure l'entreprise principale de lui déclarer son sous-traitant.

## 4.3. Sous-traitance et marchés privés

Lorsque le maître d'ouvrage est privé (non soumis au titre II de la loi), la loi du 31 décembre 1975 impose à l'entrepreneur principal de **fournir** à son ou ses sous-traitants **une caution bancaire**, ou de **déléguer le maître d'ouvrage pour payer les sous-traitants**. En cas d'impayé, les sous-traitants peuvent exercer une action directe contre le maître d'ouvrage privé ou une action indemnitaire contre le maître d'ouvrage s'ils peuvent prouver qu'il avait connaissance de leur présence sur le chantier.

### 4.3.1. Les formalités d'acceptation et d'agrément d'un sous-traitant

**La loi oblige l'entrepreneur principal à faire une demande de sous-traitance, mais sans en préciser les modalités**.

La norme Afnor NF P 03-001 pallie cette absence de règle, puisqu'elle énonce à la fois la forme (il faut un écrit daté et signé) et les mentions minimales devant figurer dans la demande d'acceptation.

La demande vise nécessairement l'acceptation de la personne du sous-traitant et celle des conditions de paiement, la jurisprudence ayant insisté sur le caractère cumulatif de ces deux points. Elle contient :

- le nom, la raison ou la dénomination sociale et l'adresse du sous-traitant proposé ;
- la nature des prestations sous-traitées et leur montant ;
- les conditions de paiement prévues dans le contrat de sous-traitance.

La forme recommandée avec avis de réception (ou remise contre reçu) est requise par la norme, sauf clause différente du CCAP ; mais il est préférable de s'en tenir à ce mode de communication, la demande de sous-traitance faisant courir un délai.

Toutefois, la loi n'imposant aucun formalisme pour l'acceptation et l'agrément, ces opérations peuvent être écrites ou tacites.

Cependant, la jurisprudence admet très restrictivement l'acceptation tacite, en exigeant des actes positifs et non équivoques. **L'agrément tacite est reconnu** par les juges **lorsque le maître d'ouvrage procède directement au paiement** (CA Versailles, 3 septembre 1999).

**La simple connaissance par le maître d'ouvrage de l'existence d'un sous-traitant ne suffit** pas à caractériser son acceptation ou l'agrément des conditions de paiement du sous-traitant (Cass. 3e civ., 13 septembre 2005).

**Le maître d'ouvrage doit accepter le sous-traitant de façon non équivoque**. Le sous-traitant avait exercé à l'encontre du maître d'ouvrage une action directe en paiement des sommes qui lui restaient dues. Le maître d'ouvrage lui a répondu qu'il prenait note de cette action, et a écrit à l'entrepreneur principal qu'il suspendait le règlement des sommes litigieuses. Mais la Cour de cassation, contredisant la décision rendue en appel, a considéré que ces courriers ne suffisaient pas à prouver la volonté non équivoque du maître d'ouvrage d'accepter le sous-traitant et d'agréer ses conditions de paiement (Cass. 3e civ., 25 février 2009, Société Saint Louis Sucre c/ Wiedermann).

La norme Afnor NF P 03-001 indique, pour les marchés se référant expressément à cette norme, que l'acceptation et l'agrément tacites d'un sous-traitant et de ses conditions de paiement sont réputés acquis (sauf stipulation contraire) lorsque le maître d'ouvrage garde le silence pendant quinze jours après réception de la demande de l'entrepreneur principal (art. 4.4.1 de la norme, édition 2000).

L'entrepreneur principal est tenu de demander l'acceptation de son sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement **dès la passation du marché**, mais également **tout au long de son exécution**.

**Le maître d'ouvrage privé ne peut pas refuser d'accepter un sous-traitant sans motifs sérieux et objectifs** (défaut de qualification, situation irrégulière, malfaçons prouvées sur un autre chantier…). En effet :

- la loi du 31 décembre 1975 donne à l'entrepreneur principal le droit de sous-traiter ;
- à l'égard du maître d'ouvrage, l'entrepreneur principal est responsable de la totalité du marché, y compris de la part sous-traitée ;
- le choix du sous-traitant appartient à l'entrepreneur principal et non au maître d'ouvrage.

**Le maître d'ouvrage engage sa responsabilité vis-à-vis du sous-traitant évincé en cas de motifs fallacieux :** « *Le maître d'ouvrage privé engage sa responsabilité vis-à-vis du sous-traitant évincé en cas de motifs fallacieux et "fabriqués" avec des moyens frauduleux* » (Cass. 3e civ., 2 février 2005, SA HLM Prolétazur).

**Toutefois**, la Cour de cassation a estimé qu'il n'y avait pas de lien de causalité certain entre le refus, fût-il abusif, d'un maître d'ouvrage d'examiner un dossier d'agrément d'un sous-traitant et les impayés dont se plaint ce sous-traitant dès lors que le maître d'ouvrage n'est pas tenu d'accepter le sous-traitant ni d'agréer ses conditions de paiement et que rien n'établit qu'il les aurait agréées s'il avait examiné son dossier (Cass. 3e civ., 19 février 2009, Société Limoux Distribution c/ société Tôlerie d'Aquitaine).

### 4.3.2. La garantie de paiement due au sous-traitant : caution ou délégation de paiement

L'article 14 de la loi de 1975 impose à l'entrepreneur principal, sous peine de nullité du contrat, de fournir à son sous-traitant soit une caution bancaire soit une délégation du maître d'ouvrage, afin de garantir le paiement de toutes les sommes dues au sous-traitant : « À peine de nullité du sous-traité, les paiements de toutes les sommes dues par l'entreprise au sous-traitant sont *garantis par une caution personnelle et solidaire* […] *qui peut être remplacée par une délégation de paiement*. »

#### *1. La caution de sous-traitance*

La caution prévue par la loi doit consister en **un engagement personnel et solidaire d'un établissement financier** permettant au sous-traitant d'être réglé par ce dernier en cas de défaillance de l'entrepreneur principal. Un modèle de caution de sous-traitance a été rédigé en ce sens par la FBF (Fédération des banques françaises), la FFB (Fédération française du bâtiment) et la FNTP (Fédération nationale des travaux publics).

**La caution doit couvrir toutes les sommes dues au sous-traitant**, en application du sous-traité. En d'autres termes, la caution doit prendre en compte non pas un montant partiel, mais le montant réel du prix des prestations sous-traitées, y compris, s'il y a lieu, les révisions de prix et les travaux supplémentaires dans les limites fixées par le contrat de sous-traitance. Elle doit prendre en compte la retenue de garantie qui n'a pas fait l'objet d'une caution, et qui, contrairement à la loi, n'a pas été consignée par l'entrepreneur principal. Toutefois, en pratique, les banques veulent limiter leur engagement à un montant déterminé, quitte à consentir au cas par cas des avenants à la caution.

**La caution doit être impérativement fournie dès la conclusion du contrat de sous-traitance**. La loi n'indique pas à quel moment la caution doit être fournie au sous-traitant. La Cour de cassation a jugé qu'elle devait être délivrée au moment de la conclusion du contrat. À défaut, le sous-traité est nul et il importe peu qu'un cautionnement ait été obtenu lors de l'assignation en nullité (Cass. 3e civ., 17 juillet 1996 ; confirmé par Cass. 3e civ., 7 février 2001, Entreprise Chagnaud).

**Mais le contrat de sous-traitance peut être signé en précisant qu'il ne prendra effet qu'à la date de la remise de la caution.** La Cour de cassation a déclaré valable la clause contractuelle indiquant que la date de remise de la caution constitue la date d'entrée en vigueur du contrat. C'est un apport pratique incontestable, puisque les banques demandent un contrat de sous-traitance signé pour pouvoir délivrer une caution, mais que la caution doit être donnée au sous-traitant dès la signature du contrat. Or les deux actions ne peuvent être concomitantes. Concrètement, par cette tolérance de la Cour de cassation, les entreprises signent le contrat de sous-traitance, la banque délivre une caution (au vu du contrat de sous-traitance signé), et la prise d'effet du contrat est la date de la remise de la caution. Bien entendu, les travaux ne doivent pas avoir commencé avant la signature du contrat (Cass. 3e civ., 22 octobre 2013, Société SPIE).

**La caution doit être délivrée dès le commencement des travaux, peu importe que le sous-traitant n'ait pas signé le contrat**. En effet, la loi de 1975 n'exige pas que le contrat de sous-traitance soit rédigé par écrit (la rencontre des volontés suffit à la conclusion du contrat) et l'entreprise principale est soumise dès le début des travaux à l'obligation de donner un cautionnement. La caution ayant été donnée après le commencement des travaux, donc après la

rencontre des consentements, elle était tardive et le contrat de sous-traitance était nul. En l'espèce, l'entreprise principale sous-traite une partie des travaux. Le sous-traitant ne lui retourne le contrat de sous-traitance **qu'après** avoir commencé les travaux et en le modifiant. Le sous-traitant invoque la nullité du contrat devant le juge pour défaut de cautionnement lors du commencement des travaux. L'entreprise principale considère, pour sa part, que le sous-traitant est seul responsable de la fourniture tardive de la caution, car il avait retourné le contrat avec retard. La Cour de cassation confirme la décision de la cour d'appel qui avait annulé le contrat pour remise tardive du cautionnement (Cass. 3e civ., 25 mai 2011, Société EM2C).

**La caution doit** être signée par l'établissement bancaire, et doit **désigner nominativement et de manière individualisée le sous-traitant et le montant du marché garanti** (Cass. 3e civ., 11 octobre 1989 ; Cass. 3e civ., 18 décembre 2002 ; et Cass. 3e civ., 15 décembre 2004). Cette exigence s'oppose donc à la pratique de la caution « flotte », système par lequel une entreprise générale souscrit, dans le cadre d'une convention générale de cautionnement, un abonnement auprès d'un établissement financier. Ce dernier s'engage dans un acte unique, auquel chaque sous-traitant se réfère, à se porter caution personnelle et solidaire des sous-traitants futurs de l'entreprise principale, pour tous les contrats de sous-traitance se référant à cet engagement global.

**Toutefois, est valable un accord-cadre de cautionnement qui ne laisse aucune possibilité à la caution de refuser le cautionnement**. En l'espèce, des sous-traitants ont contesté la délivrance d'une caution résultant d'un accord-cadre conclu entre l'entreprise principale et sa banque, car elle ne comportait pas le nom des sous-traitants et le montant du contrat de sous-traitance garanti. La cour d'appel, puis la Cour de cassation, déboutent les sous-traitants au motif que l'accord-cadre prévoyait que l'entreprise principale devait faire connaître sous forme d'avis de notification à la banque les contrats de sous-traitance concernés par l'accord, que dans les trois jours de la réception de la notification la banque devait faire parvenir à l'entreprise une attestation au nom du sous-traitant, conforme à un modèle figurant en annexe de l'accord-cadre, et que l'annexion au contrat de sous-traitance de la copie de l'accord entraînait **automatiquement et de plein droit le cautionnement de la banque en faveur du sous-traitant. Il s'agissait donc d'un engagement ferme de la caution. Cet engagement était prévu dans le contrat de sous-traitance lui-même, le contrat n'était donc pas nul** (Cass. 3e civ., 20 juin 2012, Société Socatop).

**Parallèlement à la mise en œuvre de la caution, le sous-traitant impayé doit exercer l'action directe**. En effet, si le sous-traitant n'exerce pas l'action directe, la subrogation de la banque est impossible (Code civil, art. 2313 et 2314). La caution de sous-traitance ne peut pas être affectée par un défaut de déclaration de créance. Si le sous-traitant a omis de déclarer sa créance, ce défaut ne peut pas être reproché par le banquier au sous-traitant (CA Paris, 27 septembre 2002, Société Sacba c/ BNP).

**Le maître d'ouvrage ne doit se préoccuper de la caution que s'il a accepté le sous-traitant**. Lorsque le sous-traitant est accepté, le maître d'ouvrage doit veiller à la constitution des garanties de paiement par l'entrepreneur principal. S'il n'est pas délégué dans le paiement, il doit mettre l'entrepreneur en demeure de fournir une caution bancaire. Mais cette exigence n'est prévue que si le sous-traitant est accepté (Cass. 3e civ., 9 mai 2012, SCI Ivry-sur-Seine).

**Le maître d'ouvrage engage sa responsabilité s'il ne vérifie pas l'existence de la caution et ne s'assure pas que le sous-traitant a eu connaissance de ses clauses**. « *Mais attendu*

*qu'ayant retenu à bon droit que l'**obligation** pesant, aux termes de l'article 14-1 de la loi du 31 décembre 1975, sur le **maître d'ouvrage d'exiger de l'entrepreneur principal qu'il justifie avoir fourni la caution incluait la vérification non seulement de l'obtention par cet entrepreneur d'une caution bancaire, mais encore de la communication par lui au sous-traitant de l'identité de l'organisme de caution et des termes de cet engagement** et relevé que la faute du maître d'ouvrage avait consisté soit à ne pas se faire communiquer l'acte de cautionnement par la SAEC, soit, l'ayant eu en sa possession, à ne pas s'assurer que le sous-traitant avait eu connaissance des clauses particulières de l'engagement souscrit par la banque, et que cette faute était en rapport direct de cause à effet avec le préjudice subi par la société VPS privée de recours à l'encontre de la caution par suite de l'expiration du délai de six mois prévu à l'acte, la cour d'appel, sans violer le principe de la contradiction, a légalement justifié sa décision* » (Cass. 3e civ., 18 juin 2003, Société d'HLM Batigère).

Le maître d'ouvrage doit veiller à ce que, à défaut de délégation de paiement, l'entrepreneur principal a bien fourni une caution au sous-traitant. Le maître d'ouvrage ne peut dégager sa responsabilité en se contentant de mettre en demeure l'entrepreneur principal de fournir une caution à son sous-traitant garantissant le paiement des sommes dues au titre du contrat de sous-traitance. La Cour de cassation rappelle que « *l'obligation d'exiger de l'entrepreneur principal qu'il justifie avoir fourni une caution* […] ***inclut la vérification de l'obtention par l'entrepreneur de cette caution ainsi que la communication au sous-traitant de l'identité de l'organisme de caution et des termes de cet engagement*** » (Cass. 3e civ., 8 sept. 2010, Société F2 eaux concept).

**Responsabilité du maître d'ouvrage s'il ne met pas en demeure l'entrepreneur principal de fournir une caution**. Comme en 2003 et en 2010, la Cour de cassation retient la responsabilité du maître d'ouvrage qui, après avoir accepté le sous-traitant et agréé ses conditions de paiement, sans qu'une délégation de paiement ait été mise en place, n'a pas mis en demeure l'entrepreneur principal de justifier de la fourniture d'une caution garantissant le paiement de toutes les sommes dues en application du contrat de sous-traitance (Cass. 3e civ., 18 février 2015, Société SPIE Tondella).

**En résumé** : le cautionnement bancaire doit être personnel et solidaire, délivré à la conclusion du sous-traité, ou au moment du commencement de l'exécution des prestations si le contrat est signé ultérieurement, et doit couvrir toutes les sommes dues.

**Modèle d'acte de « cautionnement garantissant le paiement des sommes dues au sous-traitant par l'entrepreneur principal (article 14 de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance) » recommandé par la FBF, la FNTP et la FFB**

[Nom de la banque], [forme sociale], au capital de [ ], dont le siège social est à [ ], ayant pour numéro unique d'identification [ ] RCS [ ], représenté(e) par [ ] [et par [ ], agissant en qualité de [ ], dûment habilité(s) à l'effet des présentes, ci-après dénommé(e) la « Banque »,
connaissance prise :

– du contrat de sous-traitance, ci-après dénommé le « Contrat », dont une copie a été remise par l'Entrepreneur Principal (défini ci-dessous) à la Banque, conclu le [ ] entre [ ], ci-après dénommé(e) l'« Entrepreneur Principal », et [ ], ci-après dénommé(e) le « Sous-Traitant »,
– relatif à l'exécution de travaux consistant en [ ], dont la durée est de [ ],
– pour un montant de € [ ] (en chiffres et en lettres), TVA comprise sauf en cas d'application du régime d'auto-liquidation de la TVA instauré par le 2 nonies de l'article 283 du Code général des impôts, ci-après dénommée le « Montant Garanti »,

– dans le cadre des travaux réalisés sous la maîtrise d'ouvrage de [ ], ci-après dénommé(e) le « Maître de l'Ouvrage »,
– Contrat dont l'entrée en vigueur est conditionnée par la délivrance de la caution personnelle et solidaire, ci-après dénommée la « Caution Solidaire » ou le « Cautionnement », prévue à l'article 14 de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, ci-après dénommée la « Loi »,
– de l'acceptation du Sous-Traitant et de l'agrément des conditions de paiement du Contrat par le Maître de l'Ouvrage, conformément aux dispositions de l'article 3 de la Loi, dont il a été justifié à la Banque par l'Entrepreneur Principal,

accepte de se constituer Caution Solidaire, dans les conditions ci-après :

ARTICLE 1 – ENGAGEMENT DE CAUTION SOLIDAIRE –
La Banque, conformément aux dispositions de l'article 14 de la Loi, se constitue Caution Solidaire de l'Entrepreneur Principal envers le Sous-Traitant, dans la limite du Montant Garanti, soit de la somme maximum de [ ] € (= chiffre de l'exposé, en chiffres et en lettres), pour le paiement des sommes dues par lui au Sous-Traitant en application du Contrat.

ARTICLE 2 – MISE EN JEU DU CAUTIONNEMENT – PAIEMENT PAR LA BANQUE –
S'agissant de créances certaines, liquides et exigibles du Sous-Traitant à l'égard de l'Entrepreneur Principal dans les conditions de l'article 1 ci-dessus, le Sous-Traitant ne pourra demander à la Banque le paiement de ces sommes qu'après défaillance de l'Entrepreneur Principal résultant du non-paiement d'une dette à l'échéance prévue au Contrat.
À cette fin, et afin d'obtenir ce paiement, le Sous-Traitant devra auparavant, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception :
– a) mettre en demeure l'Entrepreneur Principal au plus tard dans le délai de deux mois à compter des dates contractuelles d'exigibilité desdites sommes,
– b) adresser simultanément à la Banque la copie de cette mise en demeure accompagnée des demandes de paiement détaillées non contestées par l'Entrepreneur Principal, assisté ou représenté, le cas échéant, par le mandataire de justice compétent.

La Banque sera tenue de payer au Sous-traitant les sommes correspondantes.
Toutefois, en cas de contestation de la créance par l'Entrepreneur Principal, et sous réserve de l'observation par le Sous-Traitant des conditions qui précèdent, le paiement par la Banque interviendra après décision passée en force de chose jugée.
Parallèlement, le Sous-Traitant pourra mettre en œuvre à l'encontre du Maître de l'Ouvrage l'action directe prévue par les articles 12 et 13 de la Loi et, dans ce cas, il en justifiera auprès de la Banque.
Tout paiement effectué par la Banque en exécution du présent Cautionnement réduira d'autant et définitivement le Montant Garanti.

ARTICLE 3 – SUBROGATION DE LA BANQUE –
Du fait de son paiement, la Banque se trouvera de plein droit subrogée dans les droits du Sous-Traitant, tant à l'encontre de l'Entrepreneur Principal que du Maître de l'Ouvrage, le Sous-Traitant renonçant à se prévaloir des dispositions de l'article 1252 du Code civil.

ARTICLE 4 – EXPIRATION DU CAUTIONNEMENT –
Le Cautionnement cessera de produire ses effets sur production à la Banque d'une mainlevée par le Sous-Traitant ou d'un reçu pour solde de tout compte émanant dudit Sous-Traitant.
À défaut, le Cautionnement cessera de produire ses effets le [ ] [1], ci-après dénommé la « Date d'Expiration », sauf mise en jeu préalable du Cautionnement dans les conditions de l'article 2 ci-dessus.
Passé la Date d'Expiration, il ne pourra plus être fait appel au Cautionnement tant au titre de l'obligation de couverture qu'à celui de l'obligation de règlement.

ARTICLE 5 – DROIT APPLICABLE –
Le Cautionnement est soumis au droit français.

1. Date de début des travaux prévue dans le contrat de sous-traitance augmentée de la durée de ces travaux et de douze mois.

ARTICLE 6 – GARANTIE DES CAUTIONS –
Cet engagement est couvert par le mécanisme de garantie des cautions institué par l'article L 313-50 du Code monétaire et financier.

ARTICLE 7 – ÉLECTION DE DOMICILE –
Dans le cadre du Cautionnement, la Banque fait élection de domicile à l'adresse suivante :
[ ].

Fait à [ ] le [ ]

***2. La délégation de paiement***

La délégation consiste en un engagement du maître d'ouvrage à payer directement le sous-traitant en exécution d'un accord passé avec l'entrepreneur principal. Aucune formalité particulière n'est requise. Seul le consentement des trois parties intéressées doit être établi de façon certaine.

Il n'existe **aucun ordre de priorité entre la caution ou la délégation** : l'entrepreneur principal doit fournir l'une ou l'autre des garanties prévues par la loi, avant le début des travaux du sous-traitant.

**Il s'agit de procurer au sous-traitant une véritable garantie**. C'est un mécanisme comptable, mais le maître d'ouvrage n'est pas un simple « payeur ». En signant la délégation de paiement, le maître d'ouvrage doit être conscient qu'il accepte de devenir le garant vis-à-vis du sous-traitant. Il souscrit un engagement, au même titre qu'un banquier qui se porte garant du paiement des sommes dues au sous-traitant dans le cadre d'une caution, puisque la loi a mis les deux mécanismes sur un pied d'égalité. En cas de délégation de paiement, le banquier cessionnaire ne peut pas appréhender les sommes correspondant aux travaux sous-traités, alors même que la délégation avait été établie postérieurement à la cession de créances et alors même que le banquier avait pris soin de notifier la cession de créances entre les mains du maître d'ouvrage qui n'avait pas accepté (Cass. 3e civ., 28 février 2006, Crédit mutuel).

**Le maître d'ouvrage ne peut pas refuser de payer le sous-traitant en invoquant ses propres rapports avec l'entreprise principale**. Dès lors que le sous-traitant a bien exécuté ses travaux, il doit être payé, peu importe que le maître d'ouvrage veuille appliquer des pénalités de retard à l'entreprise principale. Le maître d'ouvrage ne peut pas opposer au sous-traitant ses rapports personnels avec le titulaire du marché (CA Paris, 19e ch., 15 janvier 2003, Société SNR ; ou CA Paris, 23e ch., Les Chantiers modernes).

**La délégation de paiement est imparfaite**. C'est-à-dire qu'il n'y a pas de novation au contrat de sous-traitance. Le maître d'ouvrage souscrit un engagement nouveau et autonome. Cela signifie que l'entrepreneur reste engagé vis-à-vis de son propre sous-traitant. Si le maître d'ouvrage était défaillant, le sous-traitant conserverait la possibilité d'être payé par l'entrepreneur principal.

La délégation de paiement est une garantie de paiement. Cette délégation doit être acceptée sans équivoque par le maître d'ouvrage.

**L'acceptation et l'agrément des conditions de paiement n'impliquent pas l'existence d'une délégation de paiement** (Cass. 3e civ., 26 septembre 2007, Société Étienne c/ société HTR).

La délégation de paiement est destinée à garantir le paiement du sous-traitant. Pour produire son plein effet, **elle ne peut être subordonnée à un ordre de paiement de l'entrepreneur**

**principal qui pourrait en retarder la mise en œuvre** (Cass. 3e civ., 23 mai 2007, Époux X. c/ société TAM).

**En cas de défaillance de l'entreprise principale, la délégation de paiement subsiste**. L'administrateur judiciaire de l'entreprise principale ne peut pas demander au maître d'ouvrage de lui verser les sommes correspondant aux travaux sous-traités. Le maître d'ouvrage ne pouvait valablement opposer au sous-traitant, dont les travaux étaient exempts de tout reproche, l'absence d'ordre de paiement donné par l'entreprise principale en redressement judiciaire (CA Poitiers, 7 février 2006, Société TAM).

En revanche, si la délégation assortie d'une condition ne satisfait pas à l'exigence légale, **elle engage le maître d'ouvrage dans les termes et conditions de l'engagement souscrit conformément à la volonté des parties**. En qualité de maître d'ouvrage, la société Les Chantiers de l'Atlantique avait accepté une délégation de paiement en faveur de la société Héraudet, mais elle avait stipulé dans la délégation de paiement que ses obligations seraient « *limitées à ce qu'elle devra encore à l'entrepreneur principal à la date de réception des factures émises par la société Héraudet* ». Cette délégation n'ayant pas permis le paiement du sous-traitant, celui-ci plaidait la nullité de la condition stipulée dans l'acte, sur le fondement de l'article 14 et de l'article 15 de la loi de 1975. La Cour de cassation rejette cette argumentation : **le maître d'ouvrage n'est engagé vis-à-vis du sous-traitant que dans les termes qu'il a acceptés**. Cette solution affaiblit la protection que la délégation de paiement est censée apporter au sous-traitant, alors que la loi met la délégation et la caution bancaire sur un pied d'égalité… (Cass. com., 27 mars 2007, Société Héraudet c/ société Les Chantiers de l'Atlantique).

#### *3. Sanction de l'entrepreneur principal qui ne fournit ni caution ni délégation de paiement*

Pour contraindre l'entrepreneur principal à respecter ces obligations, l'article 14 de la loi de 1975 prévoit **la nullité du contrat** de sous-traitance.

Seul le sous-traitant peut l'invoquer, et il peut le faire même après l'exécution des travaux, tant qu'il n'a pas été intégralement payé.

La Cour de cassation juge que le paiement intégral du prix contractuellement prévu n'empêche pas le sous-traitant de soulever et d'obtenir la nullité du contrat en raison de l'inexistence d'un engagement de caution dû par l'entrepreneur principal (Cass. 3e civ., 12 mars 1997, Société Intraco c/ société Forclum).

La nullité perdure, y compris après l'achèvement des prestations dues, tant que le vice lié à l'absence de cautionnement n'est pas réparé.

**La loi de 1975 étant d'ordre public, aucune clause du contrat de sous-traitance ne peut conduire le sous-traitant à renoncer à la caution ou à la délégation prévue par la loi**, ni l'empêcher d'invoquer la nullité du contrat pour défaut de cette garantie de paiement.

Le cautionnement doit être fourni par l'entreprise principale **dès la conclusion du sous-traité**. À défaut, le sous-traité est nul et il importe peu qu'un cautionnement ait été obtenu lors de l'assignation en nullité (Cass. 3e civ., 7 février 2001, Entreprise Chagnaud c/ société Paritherm).

**La confirmation permettant de couvrir la nullité ne peut provenir que du sous-traitant lui-même**. La cour d'appel de Paris considère que la signature par le sous-traitant d'une délégation de paiement après qu'il a invoqué la nullité pour défaut de cautionnement, a confirmé

le contrat et privé le sous-traitant du moyen tiré de la violation de l'article 14 de la loi (CA Paris, 10e ch. B, 23 mai 2001, Société ASN c/ société Aqua Plus).

Il est possible pour l'entrepreneur principal de faire cesser l'irrégularité en délivrant une garantie avant toute action en justice, à condition que le sous-traitant l'accepte (CA Paris, 19e ch., 23 mai 2001, Société ASN c/ société Aqua Plus).

#### *4. Conséquences de la nullité du contrat de sous-traitance*

**Le sous-traitant n'a plus aucune obligation contractuelle** vis-à-vis de l'entrepreneur principal, qu'il s'agisse du délai d'exécution, des pénalités de retard, de la retenue de garantie, des clauses de responsabilité et d'assurance, etc.

**La nullité anéantit le contrat tout entier**.

En outre, lorsque le sous-traitant a déjà exécuté des travaux, les juges vont estimer la valeur des prestations qu'il a effectuées, sans pouvoir en principe se référer au prix défini dans le contrat. Selon la jurisprudence, **le sous-traitant doit recevoir le juste prix des prestations qu'il a fournies**.

Un expert est alors chargé d'évaluer ce juste prix, à partir des déboursés et charges du sous-traitant affectés d'un coefficient multiplicateur, ou éventuellement sur la base de la série des prix de l'Académie d'architecture.

**Lorsque le contrat de sous-traitance est nul, le sous-traitant doit être payé à hauteur de la contre-valeur des travaux effectués** : « *Dans le cas où un contrat nul a été exécuté, les parties doivent être remises dans l'*état où elles se trouvaient avant cette exécution et […] *le sous-traitant est en droit d'obtenir le paiement par l'entrepreneur principal de la contre-valeur des travaux effectués sans que soit prise en compte la valeur des prestations fournies et leur utilité pour l'entrepreneur principal ou le maître de l'ouvrage* » (Cass. com., 26 octobre 2010, Société SOM c/ M. X.).

**La nullité (rétroactive) du sous-traité interdit à l'entrepreneur principal de revendiquer un préjudice du fait de rupture unilatérale du contrat**. « *Le sous-traitant étant fondé à refuser de poursuivre l'exécution d'un contrat nul, la cour d'appel a exactement retenu que la nullité rétroactive du sous-traité interdisait à l'entrepreneur principal de revendiquer un préjudice du fait de la rupture unilatérale du contrat et qu'en conséquence de cette nullité, le sous-traitant était en droit de solliciter le paiement de la contre-valeur des travaux qu'il avait réalisés* » (Cass. 3e civ., 18 novembre 2009, Société Bilfinger).

La nullité du contrat pour non-respect de l'article 14 anéantit le contrat et toutes ses dispositions.

**Le sous-traitant n'échappe pas à toute responsabilité**.

Le sous-traitant peut être condamné à restituer l'acompte versé par l'entreprise principale en raison des malfaçons affectant ses travaux (CA Paris, 19e ch., 21 novembre 2000, Me Boisset c/ société Parabole Design). Les rapports de ce « quasi-contrat » sont régis par les règles délictuelles ou quasi délictuelles de droit commun. Ce sont donc les conditions fixées aux articles 1382 et suivants du Code civil qui vont déterminer le régime applicable en cas de malfaçons affectant les travaux du sous-traitant.

**Le sous-traitant ne peut se prévaloir du contrat de sous-traitance pour obtenir le paiement de ses travaux et le rejeter pour échapper à ses obligations contractuelles.** Bien qu'il n'ait pas remis de caution au sous-traitant, l'entrepreneur principal peut agir à l'encontre du

sous-traitant en réparation de malfaçons. La Cour de cassation estime que « le *non-respect par l'entrepreneur principal des dispositions relatives aux garanties de paiement dues à son sous-traitant ne le privant pas du droit d'agir à son encontre en réparation des malfaçons affectant les travaux qu'il a réalisés, c'est à bon droit que la cour d'appel, qui a relevé l'existence de malfaçons imputables à la société EPC* [le sous-traitant], *a déduit le coût de leur reprise du solde restant dû* » (Cass. 3e civ., 14 décembre 2011, Société EPC c/ société Coric).

**Mais le sous-traitant accepté et agréé qui ne dispose pas d'une garantie de paiement peut obtenir la condamnation du maître d'ouvrage *in solidum* avec l'entrepreneur principal au paiement d'une indemnité correspondant au juste coût des travaux**. Le recours fondé sur l'article 14-1 de la loi de 1975 n'est en rien touché par l'effet rétroactif de la nullité de l'article 14 du même texte pour défaut de garantie de paiement au sous-traitant. Bien que le contrat de sous-traitance liant le sous-traitant et l'entrepreneur principal soit frappé de nullité, l'action en responsabilité délictuelle introduite par le sous-traitant contre le maître d'ouvrage reste recevable : « *Mais attendu qu'ayant constaté que l'AFUL avait été informée par la société MDR de ce qu'elle sous-traiterait les travaux à la société SPIE et qu'elle avait autorisé cette sous-traitance et l'avait agréée et exactement relevé qu'aucune délégation de paiement n'ayant été mise en place, l'AFUL devait exiger de la société MDR qu'elle justifie avoir fourni à ce sous-traitant la caution garantissant le paiement de toutes les sommes dues en application du sous-traité et qu'en s'abstenant de mettre en demeure la société MDR de fournir cette caution, l'AFUL n'avait pas satisfait à ses obligations et avait ainsi commis une faute engageant sa responsabilité délictuelle, la cour d'appel, qui en a déduit, à bon droit, que la société SPIE était fondée à lui demander le paiement de dommages-intérêts équivalant au juste coût des travaux exécutés, a légalement justifié sa décision* » (Cass. 3e civ., 18 février 2015).

### 4.3.3. Les garanties du sous-traitant dans un contrat de construction de maison individuelle (CCMI)

#### *1. Nécessité d'un contrat de sous-traitance écrit dans le secteur de la maison individuelle*

L'article L. 231-13 du Code de la construction et de l'habitation prescrit la conclusion, **par écrit**, des contrats de sous-traitance de maison individuelle, à peine des sanctions pénales prévues à l'article L. 241-9 (peine d'emprisonnement de deux ans, amende de 18 000 €).

Depuis le 1er novembre 2004, est également passible de ces sanctions pénales **le fait de ne pas avoir mis en place les garanties de paiement** permettant de préserver les sommes dues au sous-traitant. Au nombre des différentes mentions obligatoires devant figurer au contrat (désignation de la construction, nom et adresse du maître d'ouvrage, description des travaux…), doit être également indiqué « le prix convenu et, s'il y a lieu, les modalités de sa révision ».

#### *2. Garantie de paiement additionnelle en matière de construction de maisons individuelles*

L'article L. 231-3 (§ g) du Code de la construction et de l'habitation autorise, dans ce secteur, la constitution d'une garantie alternative à la caution : est autorisée « ***toute autre garantie**, délivrée par un établissement de crédit ou une entreprise d'assurance, de nature à garantir le paiement des sommes dues au sous-traité* ».

Cette garantie est limitée à la sous-traitance de constructions de maisons individuelles.

**a) L'assurance-crédit**. Cette assurance a pour objet de garantir l'assuré contre les risques de défaillance de ses clients dans des conditions définies au contrat. L'assurance-crédit intervient

en cas d'insolvabilité d'un débiteur, client de l'assuré, pour couvrir les pertes définitives subies par celui-ci. Appliqué à la sous-traitance, ce système est plus une assurance-crédit inversée, puisqu'elle est souscrite par le débiteur et non par le créancier. **C'est en effet le constructeur de maisons individuelles qui souscrit cette assurance au profit de ses sous-traitants**.

Techniquement, l'assureur-crédit adresse à chaque sous-traitant déclaré par le constructeur de maisons individuelles une attestation de garantie. Cette garantie porte sur un encours correspondant aux factures émises non payées évaluées par avance par le constructeur par référence à son carnet de commandes.

En cas de défaillance du constructeur assuré, l'assureur indemnise chaque sous-traitant, procurant à celui-ci la garantie prévue par la loi.

**b) La caution flotte.** Dans le secteur de la maison individuelle (contrairement aux autres secteurs), le système de la caution flotte est autorisé, à condition que la garantie soit de nature à garantir le paiement des sommes dues au titre du sous-traité.

### 4.3.4. L'action directe du sous-traitant contre le maître d'ouvrage

#### *1. Qu'est-ce que l'action directe ?*

L'action directe est un recours simple à mettre en œuvre, qui permet au sous-traitant impayé par l'entrepreneur principal de saisir les sommes restant dues par le maître d'ouvrage, sans qu'une procédure judiciaire soit nécessaire.

Les articles 12 et 13 de la loi du 31 décembre 1975 définissent ainsi l'action directe :

> *Le sous-traitant a une action directe contre le maître de l'ouvrage si l'entrepreneur principal ne paie pas, un mois après en avoir été mis en demeure, les sommes qui sont dues en vertu du contrat de sous-traitance ; copie de cette mise en demeure est adressée au maître de l'ouvrage. Toute renonciation à l'action directe est réputée non écrite.*
> *Cette action directe subsiste même si l'entrepreneur principal est en état de liquidation judiciaire, de règlement judiciaire ou de suspension provisoire des poursuites.*
> *L'action directe ne peut viser que le paiement correspondant aux prestations prévues par le contrat de sous-traitance et dont le maître de l'ouvrage est effectivement bénéficiaire.*
> *Les obligations du maître de l'ouvrage sont limitées à ce qu'il doit encore à l'entrepreneur principal à la date de la réception de la copie de la mise en demeure prévue à l'article précédent.*

**C'est l'envoi de la copie de la mise en demeure** (destinée à l'entrepreneur) **au maître d'ouvrage qui ouvre les droits du sous-traitant**. Le défaut de cette condition ne peut être suppléé par la mise en demeure directe du maître d'ouvrage par le sous-traitant, lequel, dans ce cas, perd son droit à l'action directe (CA Paris, 5e ch. A, 20 septembre 2006).

Il s'agit d'une garantie subsidiaire, très souvent invoquée par les sous-traitants lorsque la garantie de paiement (caution ou délégation de paiement) n'a pas été délivrée.

**Il appartient au maître d'ouvrage d'établir qu'il a payé l'entrepreneur principal des travaux exécutés en justifiant de la date et du montant payé**. Lorsque le sous-traité n'est pas occulte, le maître d'ouvrage n'est tenu de payer le sous-traitant sur l'action directe exercée contre lui que s'il n'a pas encore payé l'entrepreneur principal lorsqu'il reçoit la mise en demeure ou si, l'ayant reçue, il a continué à payer ce dernier. C'est donc à lui d'établir que l'action directe ne peut être accueillie en justifiant des sommes versées et de la date de leur versement. (Cass. 3e civ., 8 novembre 2006, Société Cinéma Le Palace).

#### *2. Pour exercer l'action directe, le sous-traitant doit-il être accepté par le maître d'ouvrage ?*

**Oui**. L'acceptation du sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement par le maître d'ouvrage sont obligatoires. Selon la jurisprudence, seul le sous-traitant accepté et agréé dispose de l'action directe. Si l'entrepreneur principal n'a pas fait le nécessaire pour recueillir l'accord du maître d'ouvrage lorsqu'il a sous-traité, l'action directe risque d'échouer (loi de 1975, art. 3).

Mais selon la jurisprudence, ni l'entrepreneur principal qui a manqué à son obligation de faire accepter le sous-traitant, ni les créanciers de cet entrepreneur ne peuvent soulever le défaut d'acceptation du sous-traitant.

De plus, l'acceptation et l'agrément peuvent intervenir au moment de l'exercice de l'action directe (CA Lyon, 25 juin 2009, Société Renault Trucks), y compris après le jugement d'ouverture du redressement judiciaire de l'entrepreneur principal.

#### *3. Quelle est la procédure pour exercer l'action directe ?*

Selon l'article 12 de la loi de 1975, le sous-traitant doit mettre en demeure l'entrepreneur principal de payer, et adresser au maître d'ouvrage une copie de sa mise en demeure. Un mois après, le sous-traitant doit être payé par le maître d'ouvrage.

Le sous-traitant peut exercer cette action en adressant simplement des lettres recommandées avec accusé de réception. Ces courriers doivent impérativement viser la loi du 31 décembre 1975.

Si l'entrepreneur principal a déposé son bilan, le sous-traitant peut exercer l'action directe, car **la mise en demeure ne s'assimile pas à une voie d'exécution interdite par la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005, dite loi de sauvegarde des entreprises**.

Pour exercer l'action directe, lorsque l'entrepreneur principal est en redressement judiciaire, le sous-traitant **doit adresser la mise en demeure à l'entrepreneur principal, mais aussi à l'administrateur ou au liquidateur judiciaire et envoyer une copie de ces lettres de mise en demeure au maître d'ouvrage**.

Si les formalités ne sont pas respectées, le paiement fait au sous-traitant est inopposable à l'entreprise principale (Cass. 3e civ., 6 décembre 2006, Société Promogim).

#### *4. En cas de sous-traitance en chaîne, les sous-traitants peuvent-ils exercer l'action directe ?*

**Oui**. Les sous-traitants peuvent exercer l'action directe de la même manière et sans distinction selon leur rang. Cette action directe s'exerce à l'encontre du maître d'ouvrage qui reste toujours le même, quelle que soit la succession des sous-traitants. Il s'agit d'une jurisprudence constante.

Conformément à l'article 12 de la loi de 1975, c'est donc au maître d'ouvrage, destinataire final des travaux, qu'il convient d'adresser la copie de la mise en demeure. **L'action directe du sous-traitant de second rang doit être dirigée contre le maître de l'ouvrage**. La Cour de cassation rappelle un principe déjà ancien (Cass. 3e civ., 12 juill. 1989, Sté Hennequin) selon lequel les sous-traitants, quel que soit leur rang, n'ont une action directe que contre celui pour le compte de qui la construction est réalisée et qui conserve la qualité de maître de l'ouvrage. Ainsi, l'action du sous-traitant de second rang ne pouvait être dirigée contre l'entrepreneur principal, alors que le maître de l'ouvrage était parfaitement identifié (Cass. 1re civ., 26 octobre 2011, Constructions mécaniques de Normandie).

***5. Quelle est l'assiette de l'action directe ?***

La jurisprudence a précisé que les obligations du maître d'ouvrage à l'égard du sous-traitant ne sont pas limitées à ce qu'il doit encore à l'entrepreneur principal sur la fraction des travaux sous-traités ; l'action directe porte sur toutes les sommes restant dues à l'entrepreneur principal par le maître d'ouvrage

L'assiette de l'action directe s'apprécie à la date de la réception par le maître d'ouvrage de la copie de la mise en demeure, d'où la nécessité pour le sous-traitant d'agir vite.

Si le maître d'ouvrage entend compenser sa dette avec une créance qu'il détient sur l'entrepreneur principal (au titre de pénalités de retard ou de malfaçons, par exemple), cette créance doit, à cette date, être certaine, liquide et exigible.

***6. Comment est répartie l'assiette lorsque plusieurs sous-traitants exercent l'action directe ?***

Les sous-traitants ayant exercé l'action directe doivent être traités à égalité, dès lors qu'ils s'étaient manifestés avant paiement par le maître d'ouvrage de certains d'entre eux. La loi de 1975 n'établit aucune priorité ou privilège au profit de l'un des sous-traitants.

Si les sommes restant dues par le maître d'ouvrage sont insuffisantes pour désintéresser l'ensemble des sous-traitants, il sera nécessaire de répartir l'assiette disponible au prorata des créances des sous-traitants.

***7. Y a-t-il un risque de conflit avec les autres créanciers de l'entrepreneur principal ?***

**Oui**. Le sous-traitant qui a exercé l'action directe contre le maître d'ouvrage se heurte souvent au banquier cessionnaire des créances de l'entrepreneur principal.

**Cession**. Selon la jurisprudence, le maître d'ouvrage doit régler le sous-traitant lorsque, contrairement à l'article 13-1 de la loi de 1975, l'entrepreneur principal a cédé à la banque la part de la créance correspondant à des travaux sous-traités.

**Escompte sur une traite ou un virement**. En revanche, lorsque le banquier a escompté une traite acceptée ou un billet à ordre tiré sur le maître d'ouvrage, le conflit se règle en comparant la date de l'escompte avec la date de l'action directe. Si l'escompte est antérieur à la réception par le maître d'ouvrage de la copie de la mise en demeure envoyée par le sous-traitant, le banquier l'emporte.

**En conclusion : l'action directe est une procédure simple mais peu fiable. Il est préférable (quand c'est possible) de rechercher le maître d'ouvrage sur la base de l'article 14-1 de la loi de 1975 : l'action indemnitaire.**

### 4.3.5. La responsabilité du maître d'ouvrage vis-à-vis du sous-traitant irrégulier impayé : l'action indemnitaire

L'article 14-1 de la loi du 31 décembre 1975 modifiée est ainsi rédigé :

> *Pour les contrats de travaux de bâtiment et de travaux publics :*
> – ***le maître de l'ouvrage doit, s'il a connaissance de la présence sur le chantier d'un sous-traitant** n'ayant pas fait l'objet des obligations définies à l'article 3, ou à l'article 6, ainsi que celles définies à l'article 5 [c'est-à-dire* **non déclaré***], **mettre l'entrepreneur** principal ou le sous-traitant **en demeure de s'acquitter de ces obligations**. Ces dispositions s'appliquent aux marchés publics et privés ;*

– *si le sous-traitant accepté, et dont les conditions de paiement ont été agréées par le maître de l'ouvrage dans les conditions définies par décret en Conseil d'État, ne bénéficie pas de la délégation de paiement, le maître de l'ouvrage* ***doit exiger de l'entrepreneur principal qu'il justifie avoir fourni une caution****.*

*Les dispositions ci-dessus concernant le maître de l'ouvrage* ***ne s'appliquent pas à la personne physique*** *construisant un logement pour l'occuper elle-même ou le faire occuper par son conjoint, ses ascendants ou ceux de son conjoint.*

### *1. Quelle est la responsabilité du maître d'ouvrage ?*

L'article 14-1 de la loi de 1975 impartit au maître d'ouvrage (sauf au particulier construisant un logement pour lui-même ou sa famille) de veiller au respect des obligations légales de l'entrepreneur principal (acceptation par le maître d'ouvrage du sous-traitant, et délivrance à celui-ci de la garantie de paiement prévue à l'article 14 : caution ou délégation de paiement).

Si, ayant connaissance de la présence d'un sous-traitant non déclaré sur son chantier, le maître d'ouvrage ne met pas en demeure l'entrepreneur principal de faire accepter son sous-traitant, et ne s'assure pas de la bonne délivrance de la garantie de paiement, il commet une faute qui relève de la responsabilité civile quasi délictuelle et pourrait l'obliger à payer le sous-traitant alors qu'il aurait déjà réglé l'entrepreneur principal.

**Le maître d'ouvrage doit imposer que le sous-traitant lui soit présenté, à défaut il est tenu de réparer le préjudice subi par le sous-traitant**. Le juge considère que, dans le cadre d'un marché privé, commet une faute, au titre de l'article 14-1 de la loi de 1975, le maître d'ouvrage qui ne conteste pas avoir eu connaissance de la présence d'un sous-traitant sur le chantier, notamment par le biais des PV de chantier et la délivrance de badges permettant l'accès au chantier, mais qui n'a pas personnellement mis en demeure l'entrepreneur principal de lui déclarer ce sous-traitant. Le maître d'ouvrage est, en conséquence, tenu de réparer le préjudice subi par ce sous-traitant, la loi de 1975 ne lui imposant « *aucune condition d'un recouvrement préalable infructueux* » de sa créance (Cass. 3e civ., 16 juin 2009, Société hôtel du Castellet).

**Le maître d'ouvrage ne peut pas se contenter d'un rappel à la loi dans les comptes rendus de chantier**. Il doit faire une injonction personnelle à l'entreprise principale d'avoir à respecter la loi à l'égard du sous-traitant de la présence duquel le maître d'ouvrage a connaissance sur son chantier.

**La mise en demeure** prévue par l'article 14-1 s'analyse comme une injonction personnelle que le maître d'ouvrage doit donner à l'entrepreneur principal. Selon la cour d'appel de Paris, la mise en demeure doit être adressée en recommandé avec accusé de réception et doit nommer le sous-traitant irrégulier, la loi imposant au maître d'ouvrage « *de vérifier que l'entrepreneur principal lui a répondu de façon suffisamment précise pour lui permettre d'exercer un choix motivé soit en refusant d'accepter le sous-traitant ou d'agréer ses conditions de paiement, soit en exigeant la justification éventuelle de la caution et en en vérifiant la portée* (CA Paris, 23e ch., 30 janvier 1998).

Si le maître d'ouvrage met en demeure l'entrepreneur principal et n'obtient pas de celui-ci la régularisation souhaitée, il doit réitérer sa mise en demeure et prendre toute mesure coercitive à son égard et, notamment, stopper tout paiement, sans exclure d'aller à la résiliation du marché (CA Paris, 19e ch., 3 février 2003, Société Cecogi).

**La connaissance** par le maître d'ouvrage de l'existence du sous-traitant **peut résulter de sa seule présence à des réunions de chantier** (Cass. 3e civ., 26 février 2008).

**Différents prétextes peuvent permettre au sous-traitant de se faire connaître du maître d'ouvrage**. Il peut demander des précisions sur le panneau de chantier, réclamer les documents nécessaires au nantissement de son marché, demander des précisions sur la coordination SPS, transmettre pour avis des plans d'exécution. Ce sera aussi un moyen, ultérieurement, d'apporter s'il le faut la preuve de la tolérance fautive du maître d'ouvrage. Cette preuve pourra également être apportée par la production de procès-verbaux de comptes rendus de chantier citant ensemble le sous-traitant et le maître d'ouvrage sans que ce dernier s'avise d'exiger le respect des dispositions de la loi de 1975, ou par l'envoi d'un PPSPS dès le début du chantier au maître d'ouvrage. En tout état de cause, il s'agit de démontrer par tous moyens que le maître d'ouvrage aurait pu régulariser la situation dans un bref délai alors qu'il restait débiteur de l'entreprise principale. Peu importe d'ailleurs que le maître d'ouvrage n'ait découvert l'existence du sous-traitant qu'après la réception des travaux (Cass. 3e civ., 16 septembre 2003, Société Etandex c/ SCI 102 bd Saint-Denis).

**Un maître d'ouvrage délégué** (en l'occurrence, le crédit-preneur) est tenu de faire respecter la loi de 1975 en tant que mandataire du maître d'ouvrage (en l'occurrence, le crédit-bailleur). Il peut donc se voir reprocher de ne pas avoir mis en œuvre l'article 14-1 en n'ayant pas mis en demeure l'entreprise principale de lui présenter le sous-traitant. Il est **condamné envers le sous-traitant « *in solidum* » avec le maître d'ouvrage** (Cass. 3e civ., 16 juin 2009, Société Trédi c/ société Endel).

**Il faut que le sous-traitant ait été identifié par le maître d'ouvrage**. Un sous-traitant, n'ayant pas été intégralement payé par l'entrepreneur principal, se tourne vers le maître d'ouvrage pour obtenir paiement du solde. Il invoque le fait que le maître d'ouvrage avait connaissance de la présence des sous-traitants sur le chantier, et aurait dû mettre en demeure l'entrepreneur principal de les lui présenter en vue de leur acceptation et agrément. Oui, mais… *« L'application de l'article 14-1 de la loi du 31 décembre 1975 sur la sous-traitance* ***suppose que le sous-traitant ait été identifié par le maître d'ouvrage »,*** rappelle la Cour de cassation. Le sous-traitant ne pouvant prouver que le maître d'ouvrage l'avait personnellement identifié, il se voit débouté de sa demande (Cass. 3e civ., 7 novembre 2007, La Pierre et le Marbre c/ Point de suspension).

**La réalisation de travaux supplémentaires non commandés par le maître d'ouvrage ne peut être considérée comme l'exécution d'une partie du marché principal. Il s'agit d'un nouveau marché qui n'est pas un contrat de sous-traitance et n'ouvre donc droit ni à l'action directe ni à l'action indemnitaire de l'article 14-1**. Un sous-traitant avait mal implanté des pieux à la suite d'une erreur de l'entrepreneur principal. Le maître d'ouvrage refuse de payer l'entrepreneur principal, qui disparaît. Le sous-traitant recherche alors la responsabilité du maître d'ouvrage sur la base de l'article 14-1 de la loi de 1975, ce que refuse la Cour de cassation qui précise que « *la société Sondefor avait exécuté un nouveau marché ayant pour objet des travaux de reprise imputables à une erreur d'implantation commise par l'entrepreneur principal* ». Ces travaux n'étaient pas l'exécution d'une partie du marché principal, mais un nouveau marché, conclu entre deux entreprises. L'arrêt rappelle ainsi aux sous-traitants que si les travaux supplémentaires qui leur sont commandés par un entrepreneur principal n'ont pas été expressément acceptés par le maître d'ouvrage, ils ne sont plus sous-traitants et ne bénéficient donc plus ni de l'action directe (art. 12 de la loi de 1975) ni de l'action indemnitaire (art. 14-1 de la loi de 1975) (Cass. 3e civ., 15 décembre 2004, Société Pieux Ouest c/ SCI C et A ; et Cass. 3e civ., 14 avril 2010, Société CIF coopérative c/ société Sondefor).

**Limitation de la responsabilité du maître d'ouvrage fondée sur le 14-1**. Aucune faute ne peut être reprochée au maître d'ouvrage qui n'avait pas sommé l'entreprise principale de lui présenter son sous-traitant, dans la mesure où le sous-traitant n'était intervenu qu'un mois avant la réception des travaux, qu'il n'avait pas été repéré sur le chantier, que le contrat de sous-traitance était postérieur à la fin des travaux et de très peu antérieur au redressement judiciaire de l'entrepreneur principal (Cass, 3e civ., 29 mars 2011, Société Calasys).

**Limitation de la responsabilité du maître d'ouvrage fondée sur le 14-1**. Le maître d'ouvrage, informé de la présence d'un sous-traitant qu'après la mise en redressement de l'entreprise principale, n'a pas commis de faute en s'abstenant de sommer cette dernière de faire agréer son sous-traitant. À ce stade, la Cour de cassation relève que le maître d'ouvrage n'était plus en mesure de mettre en demeure l'entreprise principale de procéder aux formalités d'acceptation et d'agrément (Cass. 3e civ., Société Les Compagnons paveurs, 22 juin 2011).

**Le maître d'ouvrage engage sa responsabilité s'il ne vérifie pas l'existence de la caution et ne s'assure pas que le sous-traitant a eu connaissance de ses clauses**. « *Mais attendu qu'ayant retenu à bon droit que l'**obligation** pesant, aux termes de l'article 14-1 de la loi du 31 décembre 1975, sur le **maître d'ouvrage d'exiger de l'entrepreneur principal qu'il justifie avoir fourni la caution incluait la vérification non seulement de l'obtention par cet entrepreneur d'une caution bancaire, mais encore de la communication par lui au sous-traitant de l'identité de l'organisme de caution et des termes de cet engagement** et relevé que la faute du maître d'ouvrage avait consisté soit à ne pas se faire communiquer l'acte de cautionnement par la SAEC, soit, l'ayant eu en sa possession, à ne pas s'assurer que le sous-traitant avait eu connaissance des clauses particulières de l'engagement souscrit par la banque, et que cette faute était en rapport direct de cause à effet avec le préjudice subi par la société VPS privée de recours à l'encontre de la caution par suite de l'expiration du délai de six mois prévu à l'acte, la cour d'appel, sans violer le principe de la contradiction, a légalement justifié sa décision* » (Cass. 3e civ., Société d'HLM Batigère, 18 juin 2003).

Le maître d'ouvrage doit veiller à ce que, à défaut de délégation de paiement, l'entrepreneur principal a bien fourni une caution au sous-traitant. Le maître d'ouvrage ne peut dégager sa responsabilité en se contentant de mettre en demeure l'entrepreneur principal de fournir une caution à son sous-traitant garantissant le paiement des sommes dues au titre du contrat de sous-traitance. La Cour de cassation rappelle que « *l'obligation d'exiger de l'entrepreneur principal qu'il justifie avoir fourni une caution* […] ***inclut la vérification de l'obtention par l'entrepreneur de cette caution ainsi que la communication au sous-traitant de l'identité de l'organisme de caution et des termes de cet engagement*** » (Cass. 3e civ., 8 sept. 2010, Société F2 eaux concept).

**Responsabilité du maître d'ouvrage s'il ne met pas en demeure l'entrepreneur principal de fournir une caution**. Comme en 2003 et en 2010, la Cour de cassation retient la responsabilité du maître d'ouvrage qui, après avoir accepté le sous-traitant et agréé ses conditions de paiement, sans qu'une délégation de paiement ait été mise en place, n'a pas mis en demeure l'entrepreneur principal de justifier de la fourniture d'une caution garantissant le paiement de toutes les sommes dues en application du contrat de sous-traitance (Cass. 3e civ., 18 février 2015, Société SPIE Tondella).

À **partir de 2012, la Cour de cassation devient extrêmement ferme quant au respect de l'obligation pour le maître d'ouvrage de vérifier l'existence d'une caution fournie par l'entrepreneur au titre de la garantie de paiement du sous-traitant**.

**Le maître d'ouvrage doit veiller à l'efficacité des mesures qu'il met en œuvre pour satisfaire à ses obligations** (Cass. 3e civ., 21 novembre 2012, Société Les Balcons du pic d'Anie).

**Le maître d'ouvrage est sanctionné même s'il a eu** connaissance, **après** la fin du chantier, de l'intervention d'un sous-traitant, **jamais présent sur le chantier** (il faisait des notes de calcul et des plans d'exécution), pour ne pas avoir mis en demeure l'entrepreneur principal. Dans cette espèce, le maître d'ouvrage privé avait confié à une entreprise la réalisation de travaux de construction d'un bâtiment. L'entreprise a sous-traité certains travaux à une société B qui a elle-même sous-traité des prestations à un bureau d'études, sous-traitant de rang deux. Certaines factures ne lui ayant pas été réglées, le bureau d'études se manifeste auprès du maître d'ouvrage, puis l'assigne en paiement. La cour d'appel le déboute en retenant que le maître d'ouvrage avait eu connaissance de l'existence de ce sous-traitant de rang deux presqu'un an après la réalisation de ses prestations, que le chantier était terminé et qu'il s'agissait d'un bureau d'études non présent sur le chantier. Ce dernier saisit alors la Cour de cassation, qui casse l'arrêt d'appel sur le fondement de l'article 14-1 de la loi du 31 décembre 1975, faute pour le maître d'ouvrage d'avoir mis l'entrepreneur principal en demeure de faire accepter son sous-traitant : *« Le maître d'ouvrage est tenu des obligations de l'article 14-1 de la loi du 31 décembre 1975 dès qu'il a connaissance de l'existence du sous-traitant, nonobstant son absence sur le chantier et l'achèvement de ses travaux ou la fin du chantier »* (Cass. 3e civ., 11 septembre 2013, Société Emmaüs habitat).

La découverte de l'existence irrégulière d'un sous-traitant peut intervenir même après l'achèvement de la mission sous-traitée tant que l'entrepreneur principal n'a pas été intégralement réglé (3e civ. du 15 mai 2013, n° 12-16343 et 12-16561).

**Sans remise d'une caution, le maître d'ouvrage doit s'assurer que l'entreprise principale a accepté la délégation de paiement au profit du sous-traitant**. Un maître d'ouvrage privé établit une délégation de paiement avec un sous-traitant qui la communique à l'entreprise principale qui s'abstient de la signer. Après la liquidation judiciaire de cette dernière, le sous-traitant demande le paiement au maître d'ouvrage sur la base de l'article 14-1 de la loi. Les juges rappellent qu'en application de cet article, le maître d'ouvrage qui ne demande pas à l'entrepreneur principal de justifier la fourniture d'une caution, doit s'assurer que celui-ci a accepté la délégation de paiement au profit du sous-traitant. En s'abstenant, il engage sa responsabilité et devra indemniser le sous-traitant (Cass. 3e civ., 12 juin 2013, Société SIBA).

**Le maître d'ouvrage peut être responsable du paiement des travaux supplémentaires ou sous-traitant** dès lors qu'il en avait connaissance et ce, sur la base de l'article 14-1 de la loi de 75 (Cass. 3e civ., 10 mars 2015, Société Hervé Thermique).

#### *2. Quel préjudice subi par le sous-traitant le maître d'ouvrage est-il tenu de réparer ?*

**Le juste coût de travaux exécutés**. Le préjudice que le maître d'ouvrage doit réparer correspond au montant des travaux impayés au sous-traitant, même si le maître d'ouvrage a réglé intégralement l'entrepreneur principal.

Si le maître d'ouvrage avait pris les mesures prescrites par l'article 14-1 de la loi du 31 décembre 1975, le sous-traitant aurait bénéficié notamment de la caution bancaire ou de la délégation de paiement, et n'aurait donc pas subi les conséquences de la faillite de l'entrepreneur principal.

L'article 14-1 impose au maître d'ouvrage qui a connaissance de la présence d'un sous-traitant sur le chantier :

- d'exiger de l'entrepreneur principal qu'il déclare son sous-traitant pour acceptation et agrément de ses conditions de paiement ;
- et de vérifier que l'entrepreneur principal délivre à son sous-traitant une garantie de paiement (soit une caution bancaire soit une délégation du maître d'ouvrage, qui paie alors le sous-traitant directement).

La Cour de cassation a jugé (jurisprudence constante depuis un arrêt du 5 juin 1996) que lorsque le sous-traitant n'a pas obtenu de l'entrepreneur principal la garantie de paiement prévue par la loi (caution ou délégation), **le maître d'ouvrage est responsable du préjudice subi par le sous-traitant impayé**. Le sous-traitant, n'étant pas tenu de vérifier le respect de la loi de 1975, ne doit supporter aucune part du préjudice.

Ainsi, en marchés privés, en cas de non-respect des obligations de la loi de 1975 :

- **Responsabilité totale du maître d'ouvrage**… La Cour de cassation estime que le maître d'ouvrage commet une faute en n'exigeant pas de l'entrepreneur principal, en l'absence de délégation de paiement, la délivrance de la caution imposée par la loi. Cette faute est la cause du préjudice subi par le sous-traitant, lequel correspond aux sommes qu'il aurait pu percevoir si l'engagement de l'entrepreneur principal avait été garanti par un établissement financier.
- **Pas de responsabilité du sous-traitant**. La Cour de cassation juge que la loi de 1975 n'impose pas au sous-traitant de se faire accepter par le maître d'ouvrage, ni d'exiger de l'entrepreneur principal la garantie de paiement à laquelle il a droit. La Cour de cassation adopte ainsi une position inverse à celle des juridictions administratives, lesquelles retiennent une faute à la charge du sous-traitant demeuré passif et ne condamnent le maître d'ouvrage public qu'au tiers ou à la moitié des sommes impayées au sous-traitant.

La protection des sous-traitants organisée par la loi de 1975 est ainsi renforcée. Le maître d'ouvrage a une responsabilité totale vis-à-vis du sous-traitant, qui peut démontrer que le maître d'ouvrage avait connaissance de sa présence sur le chantier, mais qu'il n'a pas obtenu la garantie de paiement prévue par la loi (caution ou délégation de paiement).

**Même si le maître d'ouvrage ne doit plus rien à l'entrepreneur principal**. Le maître d'ouvrage n'est pas exonéré au motif qu'il n'était plus débiteur de l'entrepreneur principal au moment de l'action du sous-traitant. La responsabilité du maître d'ouvrage sur le terrain de l'article 14-1 ne répond pas à la même règle que celle régie par l'article 13 de la loi (action directe) : **il suffit qu'il ait eu connaissance de la présence du sous-traitant avant de solder l'entrepreneur principal**. Les juges doivent rechercher si le maître d'ouvrage avait eu connaissance de la présence du sous-traitant sur le chantier au moment où il avait réglé le montant des sommes dues à l'entrepreneur principal (Cass. 3$^{e}$ civ., 22 mai 2007, Société Karukera 90 c/ société Aubret).

**Le sous-traitant accepté et agréé qui ne dispose pas d'une garantie de paiement peut obtenir la condamnation du maître d'ouvrage *in solidum* avec l'entrepreneur principal au paiement d'une indemnité correspondant au juste coût des travaux**. Le recours fondé sur l'article 14-1 de la loi de 1975 n'est en rien touché par l'effet rétroactif de la nullité de l'article 14 du même texte pour défaut de garantie de paiement au sous-traitant. Bien que le contrat de sous-traitance liant le sous-traitant et l'entrepreneur principal soit frappé de nullité, l'action en responsabilité délictuelle introduite par le sous-traitant contre maître d'ouvrage reste recevable : « *Mais attendu qu'ayant constaté que l'AFUL avait été informée par la société MDR de ce qu'elle sous-traiterait les travaux à la société SPIE et qu'elle avait autorisé cette sous-*

*traitance et l'avait agréée et exactement relevé qu'aucune délégation de paiement n'ayant été mise en place, l'AFUL devait exiger de la société MDR qu'elle justifie avoir fourni à ce sous-traitant la caution garantissant le paiement de toutes les sommes dues en application du sous-traité et qu'en s'abstenant de mettre en demeure la société MDR de fournir cette caution, l'AFUL n'avait pas satisfait à ses obligations et avait ainsi commis une faute engageant sa responsabilité délictuelle, la cour d'appel, qui en a déduit, à bon droit, que la société SPIE était fondée à lui demander le paiement de dommages-intérêts équivalents au juste coût des travaux exécutés, a l*également justifié sa décision » (Cass. 3e civ., 18 février 2015, Société SPIE Tondella).

## 4.4. Requalification du contrat de sous-traitance par le juge

Le contrat de sous-traitance peut être requalifié :

- en contrat de travail ;
- ou en prêt de main-d'œuvre illicite.

Le contrat de sous-traitance est un contrat d'entreprise et, à ce titre, le sous-traitant a une « obligation de faire », tout en respectant les spécifications du contrat mais avec une certaine autonomie.

### 4.4.1. Absence d'autonomie du sous-traitant = requalification possible en contrat de travail

Si le sous-traitant n'exécute pas les travaux avec une certaine autonomie, c'est-à-dire si les travaux sont exécutés par le sous-traitant dans les mêmes conditions qu'un salarié de l'entreprise, en position de subordonné recevant sur le chantier des ordres donnés par l'encadrement de l'entreprise principale, le contrat de sous-traitance pourra être requalifié par le juge en contrat de travail avec toutes les conséquences juridiques que cela implique.

### 4.4.2. Mise à la disposition de l'entreprise principale des salariés du sous-traitant = requalification possible en prêt de main-d'œuvre illicite

Si le sous-traitant se contente de mettre ses salariés à la disposition de l'entreprise principale qui va les employer sous sa direction comme son propre personnel, l'opération de sous-traitance ne présente pas les caractéristiques du contrat d'entreprise et, sur la base d'un faisceau d'indices, les juges peuvent l'analyser comme un prêt illicite de salariés.

### 4.4.3 De nombreux textes répriment, directement ou indirectement, la relation de sous-traitance illicite au regard du droit

**Au plan pénal**, des sanctions pénales répriment le travail clandestin ou le délit de marchandage et/ou le délit de prêt de main-d'œuvre à but lucratif.

L'entreprise principale condamnée pénalement pour avoir recouru aux services d'un sous-traitant qualifié de « travailleur clandestin » peut être **tenue solidairement au paiement des impôts, taxes et cotisations obligatoires dues par le sous-traitant** au Trésor et aux organismes de protection sociale, au remboursement des aides publiques dont le sous-traitant a pu bénéficier et au paiement des rémunérations et charges dues par le sous-traitant à raison de l'emploi de salariés non déclarés.

**En l'absence de condamnation pénale**, cette **solidarité financière** peut être mise en œuvre lorsque l'entreprise principale n'a pas vérifié, lors de la conclusion du contrat de sous-traitance d'au moins 3 000 € TTC[2] **et tous les six mois pendant l'exécution du contrat** (depuis le 1er juillet 2007 – décret du 11 février 2007), que le sous-traitant exerce son activité professionnelle sans recours au travail clandestin.

**Au plan social**, la requalification du contrat de sous-traitance en contrat de travail peut avoir pour conséquence le recouvrement par l'URSSAF de l'ensemble des cotisations sociales applicables au sous-traitant salarié non déclaré. Voir cependant l'article 23 de la loi n° 2003-721 du 1er août 2003, la lettre collective du 8 avril 2004 de l'ACOSS. Désormais, les cotisations et contributions sociales ne seront dues que pour la période d'activité postérieure à la requalification de la relation de travail. Seule l'affiliation faite en fraude de la loi pourrait permettre à l'URSSAF de réclamer des cotisations.

**Au plan fiscal**, la requalification en contrat de travail donne lieu, à l'encontre de l'entreprise principale, à une reprise de la TVA déduite sur la base des travaux payés au sous-traitant, et à un rappel des taxes assises sur les salaires et de la taxe professionnelle en prenant pour base les mêmes travaux.

Par ailleurs, le fait, pour un maître d'ouvrage ayant conclu un marché d'un montant au moins égal à 3 000 € TTC[3], de tolérer un sous-traitant avec du personnel irrégulier est sanctionné par la loi. Cela vise les cas où l'entreprise a recours soit à la dissimulation d'activité soit à la dissimulation d'emploi salarié.

**Si un maître d'ouvrage est informé qu'un sous-traitant ne satisfait pas aux conditions du travail légal, il doit** enjoindre immédiatement l'entrepreneur principal, par lettre recommandée avec accusé de réception, de faire cesser sans délai cette situation. À défaut, le maître d'ouvrage sera tenu solidairement responsable, avec son cocontractant, du paiement des impôts, taxes, cotisations, rémunérations et charges dus par le sous-traitant qui exerce un travail dissimulé.

Les règles sont les mêmes en cas de sous-traitance en chaîne. En revanche, elles ne s'appliquent pas lorsque le maître d'ouvrage est un particulier contractant pour son usage personnel.

### 4.4.4. Précautions à prendre pour éviter une requalification

Quelques précautions doivent être prises pour éviter une requalification par le juge d'un contrat de sous-traitance en contrat de travail ou en prêt illicite de salariés.

#### *1. Respecter la loi de 1975 relative à la sous-traitance*

Outre l'acceptation du sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement par le maître d'ouvrage, l'entreprise principale doit délivrer au sous-traitant une garantie de paiement :

- paiement direct par le maître d'ouvrage public, obligatoire lorsque le sous-traitant direct du titulaire du marché a un contrat de sous-traitance d'au moins 600 € TTC ;
- fourniture d'une caution bancaire (s'il n'y a pas délégation de paiement) dans les autres cas.

2. 5 000 € depuis le décret n° 2015-364 du 30 mars 2015.
3. 5 000 € depuis le décret n° 2015-364 du 30 mars 2015.

### *2. Signer un contrat de sous-traitance*

Un contrat type de sous-traitance, mis au point par les organisations professionnelles du BTP, offre un cadre clair et équilibré pour définir les obligations contractuelles de l'entrepreneur principal et du sous-traitant (disponible à la SEBTP, 6-14, rue La Pérouse, 75784 Paris Cedex 16).

En effet, il est important de définir dans un contrat écrit les obligations respectives de l'entrepreneur principal et du sous-traitant, afin de répondre notamment aux questions suivantes :

- Le prix du contrat de sous-traitance est-il forfaitaire ou au métré ? Ferme ou révisable ?
- Quelle garantie de paiement l'entrepreneur principal doit-il donner au sous-traitant ?
- Le délai d'exécution du sous-traitant est-il assorti de pénalités en cas de retard ? Selon quelles modalités ?
- Une retenue de garantie est-elle prévue contractuellement ? Quel modèle de caution bancaire le sous-traitant peut-il utiliser pour remplacer la retenue de garantie ?
- Quand la réception des travaux du sous-traitant intervient-elle ?
- Quelles garanties le sous-traitant doit-il pour ses ouvrages ?

### *3. Vérifier la situation régulière du sous-traitant*

Le Code du travail impose à tout donneur d'ordre de vérifier, **lors de la conclusion du contrat et tous les six mois jusqu'à la fin de son exécution**, que son sous-traitant ou son prestataire de services exerce son activité professionnelle sans recours au travail clandestin.

Concrètement, l'entrepreneur principal doit exiger de son sous-traitant, lors de la conclusion du contrat de sous-traitance (**puis tous les six mois** jusqu'à la fin de l'exécution du contrat), des attestations sur l'honneur et un certain nombre de pièces.

**Les déclarations et attestations sur l'honneur**

*J'atteste sur l'honneur avoir déposé auprès de l'administration fiscale, à la date de la présente attestation, l'ensemble des déclarations fiscales obligatoires.*

**Pour les sous-traitants établis en France :**
*J'atteste sur l'honneur que je réaliserai, ou la société que je représente, les travaux avec des salariés employés régulièrement au regard des articles L. 1221-10, L. 3243-2 et R. 3243-1 du Code du travail (déclaration d'embauche, remise d'un bulletin de paie au salarié avec les mentions obligatoires).*

**Pour les sous-traitants établis à l'étranger, lorsque la prestation de services a une durée supérieure à un mois :**
*J'atteste sur l'honneur que je fournirai à mes salariés des bulletins de paie comportant les mentions prévues à l'article R. 3243-1 du Code du travail français ou de documents équivalents.*

**Si le contrat principal est un marché public, ou un marché conclu par un SA d'HLM ou une SEM :**
– *J'atteste sur l'honneur que je n'ai pas, ou la société que je représente, fait l'objet au cours des cinq dernières années d'une condamnation inscrite au bulletin n° 2 du casier judiciaire pour les infractions de travail illégal visées aux articles L. 8221-1, L. 8221-2, L. 8221-3, L. 8221-5, L. 8251-1, L. 5221-8, L. 8231-1 et L. 8241-1 du Code du travail, ou règles d'effet équivalent si le sous-traitant n'est pas établi en France.*
– *Je déclare que je, ou la société que je représente, ne tombe pas sous le coup d'une interdiction de concourir aux marchés susvisés, ou règles d'effet équivalent si le sous-traitant n'est pas établi en France.*
– *Je déclare, ou la société que je représente, avoir souscrit les déclarations et effectué le paiement des impôts, taxes, majorations et pénalités ainsi que des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales, des cotisations aux caisses de congés payés, de chômage intempéries et d'assurance chômage et majorations y afférentes à ce jour, ou des règles d'effet équivalent dans mon pays d'origine ou celui de la société que je représente.*

**Les pièces à annexer à la déclaration du sous-traitant**

**Si le sous-traitant emploie sur le chantier des salariés étrangers** soumis à autorisation de travail (C. trav., art. D. 8254-2) :
– **une liste nominative** précisant, pour chaque salarié, sa date d'embauche, sa nationalité ainsi que le type et le numéro d'ordre du titre valant autorisation de travail. Cette liste devra impérativement être complétée si le sous-traitant décide en cours d'exécution du chantier d'employer sur celui-ci du personnel étranger non prévu à l'origine, soumis à autorisation de travail.

**Pour les sous-traitants établis en France** (C. trav., art. D8222-5) :
– **soit** une copie de l'attestation de fourniture de déclarations sociales émanant de l'URSSAF, datant de moins de six mois ;
– **et** une copie de la carte d'identification justifiant de l'inscription au répertoire des métiers ;
– **soi**t une copie de l'extrait de l'inscription au registre du commerce et des sociétés (extraits K ou Kbis).

**Pour les sous-traitants établis à l'étranger** (C. trav., art. D. 8222-7) :
– un document mentionnant le numéro de TVA intracommunautaire ;
– les certificats de détachement des salariés prouvant le maintien de la protection sociale de leur pays d'origine (formulaire E101 pour une entreprise établie dans un État de l'Union européenne) ou une attestation, datant de moins de six mois, de fourniture de déclarations sociales émanant de l'URSSAF ;
– un document émanant des autorités tenant le registre professionnel ou un document équivalent certifiant cette inscription ;
– si le sous-traitant n'est pas établi dans un pays de l'Union européenne, un document mentionnant l'identité et l'adresse du représentant du sous-traitant auprès de l'administration fiscale française ;
– une copie de la déclaration de détachement ;
– le nom de son représentant en France (Loi Savary du 10 juillet 2014 et décret d'application du 30 décembre 2015)

### *4. En résumé*

**Les obligations de l'entrepreneur principal vis-à-vis du maître d'ouvrage :**

- faire accepter le sous-traitant et faire agréer ses conditions de paiement ;
- communiquer le contrat de sous-traitance lorsqu'il est demandé ;
- rester à l'égard du maître d'ouvrage pleinement responsable de la bonne exécution des travaux sans pouvoir s'exonérer en invoquant la faute du sous-traitant ;
- assurer la coordination et la surveillance des travaux faits par le sous-traitant ;
- porter à la connaissance du maître d'ouvrage toute information utile en vertu de son obligation de conseil ;
- fournir une caution au sous-traitant ou une délégation de paiement lorsque le sous-traitant n'est pas un sous-traitant direct en marché public.

**Les obligations du maître d'ouvrage vis-à-vis de l'entrepreneur principal :**

- veiller à ce que le sous-traitant lui soit présenté et qu'une caution ou une délégation de paiement soit remise au sous-traitant lorsque le sous-traitant n'est pas un sous-traitant direct en marché public ;
- doit, s'il a connaissance de la présence sur le chantier d'un sous-traitant non déclaré, mettre l'entrepreneur principal ou le sous-traitant en demeure de s'acquitter de ses obligations ;
- exiger de l'entrepreneur principal qu'il justifie de la caution donnée au sous-traitant (lorsque le sous-traitant ne bénéficie pas d'une délégation de paiement ou du paiement direct).

**Les obligations de l'entrepreneur principal vis-à-vis du sous-traitant :**

- faire accepter et agréer le sous-traitant par le maître d'ouvrage au moment de la conclusion du contrat ou en cours d'exécution ;
- constituer les garanties de paiement, caution ou délégation de paiement lorsque le sous-traitant n'est pas un sous-traitant direct en marché public.

**Les obligations du sous-traitant vis-à-vis de l'entrepreneur principal :**

- obligation de conseil dès lors qu'il a une compétence technique supérieure à celle de l'entreprise principale ;
- obligation de résultat quant à la bonne exécution de ses prestations, la qualité des matériaux qu'il utilise, le respect des délais convenus ;
- a la garde du chantier ;
- supporte les risques jusqu'à la réception (C. civ., art. 1788).

**Les obligations du sous-traitant vis-à-vis du maître d'ouvrage :**

- vérifier qu'il est bien accepté et agréé par le maître d'ouvrage ;
- aucun lien contractuel entre maître d'ouvrage et sous-traitant. Le maître d'ouvrage ne peut demander sur le fondement contractuel réparation des dommages résultant des malfaçons perpétrées par le sous-traitant ;
- tenu d'exécuter les travaux conformément aux spécifications requises par le maître d'ouvrage et répercutées dans le contrat de sous-traitance. La responsabilité du sous-traitant ne peut être recherchée que sur le fondement délictuel (C. civ., art. 1382) et donc sur la base d'une faute et d'un lien de causalité entre la faute et le dommage subi par le maître d'ouvrage.

**Les obligations du maître d'ouvrage vis-à-vis du sous-traitant :**

- payer directement le sous-traitant dûment accepté et agréé, pour la part de marché public dont il assure l'exécution ;
- respecter l'action directe faite par le sous-traitant impayé par l'entrepreneur principal en tant que maître d'ouvrage privé ;
- vérifier la remise d'une caution par l'entrepreneur principal. À défaut, le maître d'ouvrage pourra être tenu d'indemniser le sous-traitant du préjudice résultant du défaut de caution évalué, en marchés privés, au montant de la créance non payée et, en marchés publics, au tiers ou à la moitié de celle-ci dès lors que le sous-traitant occulte démontrera que le maître d'ouvrage avait connaissance de sa présence sur le chantier.

**Les obligations du sous-traitant 1 vis-à-vis du sous-traitant 2 :**

- obtenir une caution bancaire ou une délégation de paiement en faveur du sous-traitant de rang 2 ;
- tenu d'une obligation d'information et doit, à ce titre, délivrer au sous-traitant de rang 2 toutes les informations dont il dispose et qui lui paraissent nécessaires à la bonne exécution des travaux sous-traités.

**Les obligations du sous-traitant 2 vis-à-vis du sous-traitant 1 :**

- tenu envers son donneur d'ordre d'une obligation de résultat consistant en la livraison en temps voulu de l'ouvrage exempt de vices et parfaitement achevé.

# 5. Les sociétés en participation (SEP)

Le secteur du bâtiment et des travaux publics est un secteur de prédilection pour les sociétés en participation.

Plus que le caractère **occulte** de ce type de société (sauf pour le fisc), c'est le caractère **souple** de la SEP qui intéresse les entrepreneurs dès qu'ils souhaitent se répartir le résultat d'un marché dans une structure sociétaire. Toutefois, on rencontre plus la SEP dans le secteur des travaux publics que dans celui du bâtiment.

## 5.1. Qu'est-ce qu'une SEP ?

La SEP est régie par les **articles 1871 à 1873 du Code civil** (loi du 4 janvier 1978) :

- elle n'est pas immatriculée ;
- elle n'a pas la personnalité morale (ni siège social, ni raison sociale, ni patrimoine social, ne peut agir en justice) ;
- les entrepreneurs peuvent s'organiser librement à condition de ne pas déroger à certaines dispositions impératives du droit des sociétés :
  - consentement obligatoire de chaque associé pour l'augmentation de ses engagements,
  - interdiction d'exclure un associé des décisions collectives,
  - interdiction d'attribuer à un associé la totalité du profit ou de l'exonérer de la totalité des dettes,
  - interdiction également d'exclure un associé du profit ou de mettre à sa charge la totalité des dettes.

La SEP est une simple convention.

Seul le gérant de la SEP apparaît aux yeux des tiers : il agit en son nom, sans révéler aux tiers ni les noms de ses associés, ni les conditions dans lesquelles seront partagés les résultats.

Les associés ont l'intention de supporter en commun le risque économique de la réalisation du marché.

**Les entrepreneurs vont donc accepter d'être rémunérés, non pas en fonction de la part de travaux qu'ils vont réaliser, mais en fonction d'une part définie dans les statuts de la SEP correspondant aux apports effectués par chacun des associés**.

## 5.2. Dans quelles hypothèses constituer une SEP ?

Pour constituer une SEP, il n'est pas nécessaire que toutes les entreprises soient parties à un marché de travaux. Une entreprise qui traite avec un client peut, en réalité, être uniquement la gérante des intérêts d'autres entreprises groupées en SEP ; une SEP peut également être constituée entre des entreprises titulaires de lots séparés ; mais le plus souvent pourtant, ce sont des entreprises groupées d'un même marché qui établissent entre elles des statuts de SEP.

On distingue :

#### *SEP constituée avec l'ensemble des entreprises groupées*

Des statuts de SEP vont alors prendre la place de la convention de groupement momentané d'entreprises (GME). Les entreprises acceptent ainsi de partager ensemble l'aléa économique de la réalisation des travaux plutôt que d'assumer un risque individuel sur la part de travaux réalisés par chacune d'entre elles.

Ne pas établir, parallèlement aux statuts de la SEP, de convention de GME. Ces documents pourraient être contradictoires et donc source de litiges (un arrêt de la Cour de cassation du 24 février 1998 fait prévaloir la convention de GME sur les statuts de la SEP).

#### *SEP constituée avec seulement certaines entreprises groupées*

C'est le cas quand il y a nécessité pour plusieurs sociétés de travailler en synthèse ou d'acheter du matériel onéreux à utiliser en commun. Les entrepreneurs groupés établissent alors entre eux une convention de GME, et les entrepreneurs chargés de réaliser tel ouvrage d'art ensemble, ou d'acheter tel matériel ensemble, rédigent seuls les statuts de la SEP, dans lesquels figureront :

- les moyens à mettre en commun ;
- le pourcentage selon lequel sera réparti le résultat de leur activité commune.

#### *SEP constituée avec les entrepreneurs groupés et des entrepreneurs non signataires du marché de travaux*

Cas où : le maître d'ouvrage ne veut pas travailler avec certaines entreprises ou lorsque certaines entreprises ne sont pas en règle sur le plan fiscal ou social (cas des marchés publics) et ne pourraient donc pas participer au marché en qualité de cotraitant ou de sous-traitant. C'est ici le caractère occulte de la SEP qui est recherché.

Ou encore : les entrepreneurs ne peuvent à eux seuls exécuter l'ensemble des travaux et devraient en sous-traiter une part qui semble économiquement intéressante.

En constituant une SEP, ils se répartissent les bénéfices d'une façon différente de la part de travaux effectivement réalisés par les uns et les autres.

Des statuts de SEP prennent donc la place de la convention de GME ou du contrat de sous-traitance.

**Une SEP créée dans ces conditions peut être requalifiée en contrat de sous-traitance**. Si la SEP se révèle déficitaire, il y aura toujours un risque pour que les associés non titulaires du marché viennent soutenir être titulaires d'un contrat de sous-traitance et demander la nullité à leur égard de la SEP.

#### *SEP constituée avec un entrepreneur et un sous-traitant*

Dans ce cas, les entreprises mettent en place une structure au sein de laquelle le titulaire du marché et le sous-traitant vont supporter en commun l'aléa économique lors de la réalisation des travaux.

Cas où : la partie à réaliser par le sous-traitant présente un caractère particulièrement difficile.

Ce mode d'organisation ne modifiera pas les rapports contractuels avec le maître d'ouvrage :

- l'entreprise principale reste connue du maître d'ouvrage. Elle est responsable de l'ensemble des travaux ;
- la facturation et les paiements sont ceux d'un contrat de sous-traitance.

La répartition, par la suite, des bénéfices et des pertes se fera telle qu'elle a été décidée dans les statuts de la SEP.

## 5.3. Comment faire fonctionner une SEP ?

**Les entrepreneurs rédigeront les statuts de la SEP :**

- soit dès le stade de la remise des offres (il faut alors préciser qu'ils n'auront un caractère définitif que si les entrepreneurs ont le marché) ;
- soit lorsqu'ils sont attributaires du marché.

**Le plus souvent, on trouvera les documents suivants :**

- **un protocole d'accord :**
  - objet,
  - exclusivité,
  - exécution des travaux,
  - comité de direction,
  - gérance,
  - représentant des associés,
  - direction des travaux,
  - frais d'études,
  - moyens des associés,
  - financement,
  - SAV,
  - litiges,
  - solidité ;
- **des statuts :**
  - définition de la société ou constitution,
  - objet,
  - durée,
  - désignation domicile,
  - apports,
  - répartition des parts,
  - cession des parts,
  - modification des statuts,
  - gérance,
  - comptabilité de la société,
  - information des associés,
  - bénéfices annuels,
  - décisions collectives,
  - liquidation,
  - contestations,
  - frais ;
- **un règlement intérieur** (le cas échéant).

**Pour rédiger la SEP, les entrepreneurs mettent généralement en place :**

**1. Un comité de direction**

Organe souverain composé d'un ou deux représentants de chacun des associés, au sein duquel les décisions les plus importantes sont prises à l'unanimité.

**2. Un gérant**

C'est souvent le mandataire commun du GME, c'est-à-dire l'interlocuteur unique du maître d'ouvrage.

**3. Un directeur technique** (parfois)

Dans ce cas, le gérant aura la seule gestion administrative et comptable de la société, et le mandataire commun du GME aura la direction technique de la société et sera l'interlocuteur du maître d'ouvrage.

Ce mode d'organisation ne modifie en rien les rapports contractuels existant entre les cotraitants et le maître d'ouvrage, puisque les cotraitants continuent à être connus du maître d'ouvrage en tant que simples entrepreneurs groupés, et le gérant (ou le directeur technique de la SEP) sera connu du maître d'ouvrage en qualité de mandataire commun du GME.

# 6. L'auto-entrepreneur

Le régime de l'auto-entrepreneur instauré par la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 est entré en vigueur le 1er janvier 2009 avec la publication des décrets d'application :

**Décret n° 2008-1348 du 18 décembre 2008** (*JO* du 19 décembre) relatif au régime de déclaration et règlement simplifiés des cotisations sociales et de l'impôt sur le revenu des travailleurs indépendants relevant des professions artisanales, industrielles et commerciales.

**Décret n° 2008-1349 du 18 décembre 2008** (*JO* du 19 décembre) relatif aux taux applicables à chaque catégorie d'activité des artisans et commerçants relevant du régime de l'article L. 133-6-8 du Code de la sécurité sociale.

**Décret n° 2008-1405 du 19 décembre 2008** (*JO* du 26 décembre) pris pour l'application de l'article 9 de la loi LME instituant un régime comptable simplifié.

**Décret n° 2008-1488 du 30 décembre 2008** (*JO* du 31 décembre) relatif aux modalités de déclaration d'activité auprès du centre de formalités des entreprises (CFE) et aux conditions d'information des tiers sur l'absence d'immatriculation.

## 6.1. Création. Identification

*Rappel*

L'article 8 de la loi LME a instauré le statut de l'auto-entrepreneur par une dispense de l'obligation de s'immatriculer tant que la personne concernée ne dépasse pas certains seuils de chiffre d'affaires annuel (80 000 € pour la vente et 32 000 € pour les prestations de services).

Le bâtiment est une activité mixte. Le chiffre d'affaires global (main-d'œuvre + matériaux) ne doit pas dépasser 80 000 € et, à l'intérieur de ce montant, la part de chiffre d'affaires pour l'exécution des travaux ne doit pas dépasser 32 000 €.

Le décret du 30 décembre 2008 précise les modalités de déclaration d'activité, en dispense d'immatriculation, auprès du CFE compétent.

**Auprès de quel organisme l'auto-entrepreneur doit-il déclarer son activité dans le bâtiment ?**

Selon l'article R. 123-3 du Code de commerce, ce sont les CFE des chambres des métiers et de l'artisanat qui sont compétents pour traiter les déclarations d'activité artisanale des auto-entrepreneurs.

La seule référence que doivent mentionner les auto-entrepreneurs (sur les devis, factures et tous documents officiels) est leur numéro unique d'identification qui est en fait le numéro de SIREN délivré par l'INSEE. À l'heure actuelle, aucun fichier n'est disponible pour vérifier si une personne s'est régulièrement enregistrée comme auto-entrepreneur. Le régime social des indépendants (RSI) « pourrait » délivrer ultérieurement ce type d'information.

Lorsqu'elles sont effectuées par voie électronique, ces déclarations peuvent également être recueillies par les centres de formalités des entreprises créés et gérés par les URSSAF.

## 6.2. Conditions d'exercice de l'activité. Qualification préalable

Comme tout entrepreneur, l'auto-entrepreneur est soumis aux règles de droit commun qui régissent l'activité professionnelle exercée.

**Quelles sont les qualifications préalables ?**

Une qualification préalable est requise pour l'exercice de certaines activités (loi du 5 juillet 1996). Le bâtiment en fait partie.

Les auto-entrepreneurs doivent respecter cette loi et donc respecter les obligations suivantes :

- soit posséder un diplôme de niveau au moins égal au CAP ;
- soit bénéficier d'une expérience professionnelle d'au moins trois ans dans le métier exercé.

**L'auto-entrepreneur peut-il être qualifié ?**

Pour être qualifiée par Qualibat ou Qualifelec, une entreprise doit répondre à un certain nombre de critères définis par leur règlement. Elle doit, en particulier, justifier de son inscription au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers, critère défini par la norme NF X 50-091.

En conséquence, il ne sera pas possible d'attribuer une qualification, même à titre probatoire, à un auto-entrepreneur qui en ferait la demande auprès d'une commission d'examen.

**L'auto-entrepreneur doit-il être assuré ?**

Comme tout entrepreneur, l'auto-entrepreneur peut voir sa responsabilité engagée dans le cadre de ses activités professionnelles.

L'exercice de toute activité professionnelle, quel que soit le statut choisi, peut être la source de dommages divers causés aux clients ou à des tiers. À ce titre, la responsabilité civile du professionnel peut être engagée. Dans ces conditions, le chef d'entreprise peut être mis à contribu-

tion avec l'obligation de paiement de la réparation des dommages causés. En tant qu'entrepreneur individuel, l'auto-entrepreneur n'échappe aucunement à ces principes.

Plus spécifiquement, dans le domaine de la construction ou de la rénovation des bâtiments, en vertu de la loi du 4 janvier 1978, le professionnel lié au maître d'ouvrage est tenu de prendre à sa charge la réparation des désordres affectant ses travaux pendant les dix ans qui suivent leur réception.

L'auto-entrepreneur se doit de souscrire un contrat d'assurance de responsabilité civile professionnelle pour couvrir les conséquences de son activité professionnelle. Et dans le secteur du bâtiment, la souscription d'une assurance décennale est même obligatoire, sous peine de sanctions pénales, pour couvrir les désordres à la construction.

**L'auto-entrepreneur peut-il accéder aux marchés publics ?**

Oui, l'auto-entrepreneur peut se porter candidat à un marché passé par l'État, une collectivité territoriale ou un établissement public pour répondre à des besoins en matière de travaux, fournitures ou services (rép. min. n° 571, *JO AN*, 11 février 2009). Les principes de la liberté d'accès et de l'égalité de traitement de candidats à la commande publique, énoncés par l'article 1er du Code des marchés publics, permettent à l'auto-entrepreneur d'être candidat à un marché public (rép. min. n° 29025, *JO AN*, 30 septembre 2008).

Toutefois, le maître d'ouvrage va exiger des renseignements ou des documents nécessaires à l'appréciation des capacités des candidats (cf. CMP, art. 45, et arrêté du 28 août 2006), que l'auto-entrepreneur ne pourra peut-être pas fournir.

**L'auto-entrepreneur peut-il être sous-traitant ?**

Oui, la loi du 31 décembre 1975 dispose que le sous-traitant est une personne à laquelle un entrepreneur confie, sous sa responsabilité, l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître d'ouvrage (cf. loi de 1975, art. 1er).

L'auto-entrepreneur peut donc être sous-traitant d'une entreprise principale, le cas échéant dans le cadre d'un marché public (rép. min. n° 29025 précitée).

En cas de sous-traitance, il convient de rappeler que l'entreprise principale doit se faire remettre lors de la conclusion d'un contrat d'au moins 3 000 € TTC (et tous les six mois jusqu'à la fin de son exécution) les documents prescrits par l'article D. 8222-5 du Code du travail.

Concrètement, dans le cas de l'auto-entrepreneur, il s'agira :

- d'une attestation du RSI équivalant à l'attestation de fourniture de déclarations sociales émanant de l'organisme de protection sociale chargé du recouvrement des cotisations, datant de moins de six mois ;
- d'une attestation sur l'honneur du cocontractant du dépôt auprès de l'administration fiscale, à la date de l'attestation, de l'ensemble des déclarations fiscales obligatoires.

Bien entendu, pendant l'exécution des travaux, l'auto-entrepreneur doit être indépendant et ne pas être en situation de subordination juridique susceptible, en cas de contrôle, d'entraîner la requalification du contrat de sous-traitance en contrat de travail.

Il convient de rappeler que le Code du travail a instauré une présomption de non-salariat pour les personnes physiques immatriculées au registre du commerce ou au répertoire des métiers, présomption qui peut être renversée lorsque ces personnes fournissent des presta-

tions à un donneur d'ordre dans des conditions qui les placent dans un lien de subordination juridique permanente à l'égard de celui-ci (art. L. 8221-6).

Mais la loi LME a ajouté la disposition suivante : « *Est présumé travailleur indépendant celui dont les conditions de travail sont définies exclusivement par lui-même ou par le contrat les définissant avec son donneur d'ordre* » (art. L. 8221-6-1).

Cet ajout est intéressant pour toutes les formes de sous-traitance, car il rappelle que la fixation à l'avance des prestations sous-traitées dans le contrat détermine l'indépendance du sous-traitant à l'égard de son donneur d'ordre. *A contrario*, l'absence de contrat ou le défaut d'indications suffisamment précises dans le contrat sur les prestations sous-traitées peut servir à établir l'absence d'indépendance du sous-traitant, et donc à requalifier le contrat.

**Quelles mentions l'auto-entrepreneur doit-il porter sur ses factures ?**

L'auto-entrepreneur doit indiquer sur ses factures les mentions traditionnelles exigées soit par le Code de commerce soit par le Code de la consommation.

En outre, après le numéro unique d'identification de l'entreprise (numéro SIREN) il doit indiquer la formule suivante : « dispensé d'immatriculation en application de l'article L. 123-1-1 du Code de commerce ».

Dans ses relations avec les consommateurs, il est par ailleurs soumis aux mêmes obligations (devis, notes, tarifs…) que les entreprises immatriculées.

PARTIE II

# Le cadre juridique de l'acte de construire

5

# Les contrats du secteur privé

## 1. Nature juridique et domaine respectif de chacun des contrats

Le domaine respectif des différents contrats est d'autant plus difficile à cerner qu'un certain chevauchement est possible en pratique.

Or la détermination du champ d'application exact de chaque législation est rendue indispensable par leur caractère d'ordre public et par les sanctions pénales attachées à leur inobservation.

Nous étudierons le domaine respectif de chacun des contrats lorsque le bâtiment à édifier se situe dans le secteur protégé : bâtiment à usage d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation (1.1), ou lorsqu'il se situe hors du secteur protégé (1.2). Puis nous étudierons les clauses à insérer en VEFA et en VIR (2.1), en CCMI (2.2) et en CPI (2.3).

### 1.1. Domaine respectif des contrats dans le secteur protégé

Les dispositions applicables au **secteur du logement** (biens immobiliers destinés à l'habitation ou immeubles à usage professionnel et d'habitation) sont très protectrices des acquéreurs (VEFA) ou des accédants à la propriété d'une maison individuelle (CCMI). On parle de « secteur protégé ». **Il s'agit d'un régime renforcé garantissant une information complète sur l'immeuble, et prémunissant l'acquéreur ou l'accédant à la propriété contre le dépôt de bilan du vendeur, par le jeu de garanties obligatoires.**

### 1.1.1. L'entrepreneur chargé de la construction procure le terrain directement ou indirectement

#### *1. Principe : le contrat de vente d'immeuble à construire, généralement une VEFA*

La vente en l'état futur d'achèvement (VEFA) est la vente d'immeuble à construire la plus utilisée dans la pratique.

Ce contrat est **une vente**, contrat réel transférant la propriété, ce qui le différencie par sa nature juridique du contrat d'entreprise.

Le Code civil (art. 1601 à 1601-4) énonce les grandes règles applicables à toutes les ventes d'immeubles à construire, tandis que le Code de la construction et de l'habitation (art. L. 261-1 à L. 261-22 et R. 261-1 à R. 261-33) définit le régime de protection renforcée applicable à celles dont les constructions sont à usage d'habitation ou mixte (il recopie également les articles du Code civil).

L'article L. 261-1 du Code de la construction et de l'habitation définit la vente d'immeuble à construire comme la vente « *par laquelle le vendeur s'oblige à édifier un immeuble dans un délai déterminé par le contrat* ».

Le texte définissant le secteur protégé, en matière de vente d'immeuble à construire, est l'article L. 261-10 du Code de la construction et de l'habitation, aux termes duquel le secteur protégé concerne les biens immobiliers destinés à l'habitation, que le contrat porte sur un seul logement ou sur plusieurs logements, et aux immeubles à usage professionnel et d'habitation, sans autre précision quant à l'importance respective des deux parties du local.

Lorsque l'entrepreneur chargé de la construction fournit de manière directe ou indirecte le terrain devant servir d'assiette à la construction, les dispositions du Code de la construction et de l'habitation imposent en principe le recours à la vente d'immeuble à construire.

Concrètement, la vente d'immeuble à construire n'est en principe concevable que si le terrain appartient au vendeur, la propriété du terrain devant être transférée en même temps que celle de la construction.

**On distingue trois types de ventes d'immeuble à construire : la vente en état futur d'achèvement (VEFA), la vente à terme (VT) et la vente d'immeuble à rénover (VIR).**

**La VEFA** est une modalité de la vente d'immeuble à construire. Elle se caractérise par quatre éléments :

- la propriété du sol et des constructions existantes est transférée immédiatement ;
- la propriété des constructions futures est transférée au fur et à mesure de leur exécution ;
- corrélativement, le prix est payé au fur et à mesure de l'avancement des travaux ;
- le vendeur reste le maître d'ouvrage jusqu'à la réception.

**La vente à terme** est une modalité de la vente d'immeuble à construire. Dans la **vente à terme**, le vendeur doit livrer l'immeuble à son achèvement, tandis que l'acheteur s'engage à en prendre livraison. Ce n'est pas le contrat de vente mais la constatation (par acte authentique) de l'achèvement de l'immeuble qui opère le transfert de propriété, avec effet rétroactif à la date de la signature du contrat. Comme le prix n'est payable qu'à la livraison, ce contrat n'est guère utilisé, car il n'autorise pas le versement d'acomptes, sauf pour les organismes d'HLM qui sont autorisés à demander des acomptes.

En pratique**,** la VEFA est bien plus utilisée que la vente à terme. La VEFA permet de percevoir régulièrement des versements qui limitent le recours à des crédits bancaires. La vente à

terme (VT) est, en revanche, plus coûteuse pour le vendeur : les dépôts de garantie des clients étant bloqués, il doit financer l'opération par des fonds propres et par des crédits plus chers. La rétroactivité de la propriété du bien du vendeur à l'acquéreur suppose, en outre, la rédaction de deux actes authentiques (un pour la vente et un pour la constatation de l'achèvement), d'où des frais notariés supplémentaires.

**La vente d'immeuble à rénover** est également une modalité de la vente d'immeuble à construire. Dans **la vente d'immeuble à rénover**, le vendeur vend tout ou partie d'un immeuble bâti, à usage d'habitation ou mixte (professionnel et habitation), ou destiné après travaux à l'un de ces usages, et s'engage, dans un délai déterminé par le contrat, à réaliser, directement ou indirectement, des travaux sur le bien vendu tout en percevant des sommes d'argent de l'acquéreur avant la livraison des travaux (articles L. 262-1 et suivants du CCH issus de l'article 80 de la loi du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement et R. 262-1 et suivants du CCH issus du décret du 16 décembre 2008).

#### *2. Deux exceptions*

- L'obligation de recourir à la vente d'immeuble à construire ne s'applique pas si le maître d'ouvrage qui fournit le terrain est une société d'HLM.
- Lorsque la construction porte sur une maison comportant au plus deux logements destinés au maître d'ouvrage, à usage d'habitation ou professionnel et d'habitation, l'entrepreneur **fournissant les plans de construction** n'est pas tenu de conclure un contrat de vente d'immeuble à construire dès lors qu'il se contentera **d'une fourniture indirecte du terrain** (CCH, art. L. 231-5).

### 1.1.2. L'entrepreneur chargé de la construction ne procure pas le terrain (même indirectement)

#### *1. Contrat de construction de maison individuelle (CCMI) (CCH art. L. 230-1 et L. 231-1 à 13, L. 232-1 à 2 et L. 271-1)*

**Ce contrat est un louage d'ouvrage assorti d'un régime très protecteur du maître d'ouvrage**.

L'article L. 231-1 du Code de la construction et de l'habitation définit le CCMI avec fourniture de plans comme le contrat s'appliquant à « *toute personne qui se charge de la construction d'un immeuble à usage d'habitation ou d'un immeuble à usage professionnel et d'habitation ne comportant pas plus de deux logements destinés au même maître de l'ouvrage d'après un plan qu'elle a proposé ou fait proposer* ».

L'article L. 232-1 du Code de la construction et de l'habitation définit le CCMI sans fourniture de plans comme un « *contrat de louage d'ouvrage n'entrant pas dans le champ d'application de l'article L. 231-1 du Code de la construction et de l'habitation et ayant au moins pour objet l'exécution des travaux de gros œuvre, de mise hors d'eau et hors d'air d'un immeuble à usage d'habitation ou d'un immeuble à usage professionnel et d'habitation, ne comportant pas plus de deux logements destinés au même maître de l'ouvrage* ».

Il doit s'agir exclusivement d'immeubles individuels et non d'immeubles collectifs.

L'entrepreneur ne représente pas le maître d'ouvrage (il n'a pas de mandat comme dans le cadre du contrat de promotion immobilière), mais il peut accomplir certaines formalités administratives.

Ainsi, devra impérativement répondre aux dispositions de l'article L. 231-1 du Code de la construction et de l'habitation, tout contrat par lequel l'entrepreneur est chargé de la construction d'une maison individuelle à usage d'habitation ou professionnel et d'habitation, avec fourniture de plans, sans pouvoir de représentation pour la réalisation de la construction. L'entrepreneur peut toutefois avoir les pouvoirs d'accomplir les formalités administratives (CCH, art. L. 222-2, deuxième alinéa).

De même, devra impérativement répondre aux dispositions des articles L. 232-1 et suivants du Code de la construction et de l'habitation, tout contrat par lequel l'entrepreneur s'engagera à réaliser au minimum les travaux de gros œuvre, de mise hors d'eau et hors d'air, d'une maison individuelle à usage d'habitation ou professionnel et d'habitation, sans fourniture de plans, sans pouvoir de représentation pour la réalisation de la construction, mais pouvant avoir les pouvoirs d'accomplir les formalités administratives (CCH, art. L. 222-2, deuxième alinéa).

#### *2. Contrat de promotion immobilière*

Ce contrat est un mandat, issu de la loi n° 71-579 du 16 juillet 1971, que le maître d'ouvrage ne peut résilier librement.

L'article 1831-1 du Code civil définit le contrat de promotion immobilière comme un « *mandat d'intérêt commun par lequel une personne dite promoteur immobilier s'oblige envers le maître de l'ouvrage à faire procéder, pour un prix convenu, au moyen de contrats de louage d'ouvrage, à la réalisation d'un programme de construction d'un ou de plusieurs édifices, ainsi qu'à procéder elle-même ou à faire procéder, moyennant une rémunération convenue, à tout ou partie des opérations juridiques, administratives et financières concourant au même objet* » (CCH, art. L. 221-1).

En matière de contrat de promotion immobilière, les règles renforcées s'appliquent aux contrats répondant aux critères spécifiques définis par le législateur s'appliquant aux immeubles à usage d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation, qu'ils soient individuels ou immeubles collectifs, que le contrat porte sur un seul ou plusieurs logements.

En matière d'immeubles collectifs, c'est l'article L. 242-1 du Code de la construction et de l'habitation qui donne une définition de l'immeuble à usage d'habitation ou professionnel et d'habitation : « *Pour l'application des articles* […] *L. 222-1 du Code de la construction et de l'habitation, un immeuble collectif est considéré comme un immeuble à usage d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation lorsque 10 % au moins de sa superficie sont affectés à de tels usages.* »

Dès lors qu'ils dépendent d'un immeuble dont 10 % au moins de la superficie sont à usage d'habitation ou professionnel et d'habitation, tous les locaux de cet immeuble bénéficient du régime protecteur, quelle que soit leur nature.

C'est l'article R. 222-3 du Code de la construction et de l'habitation qui en précise les modalités de calcul.

Le contrat de construction de promotion immobilière emporte aux termes de l'article 1831-2 du Code civil « *pouvoir pour le promoteur de conclure les contrats, recevoir les travaux, liquider les marchés et généralement celui d'accomplir, à concurrence du prix global convenu, au nom du maître de l'ouvrage, tous les actes qu'exige la réalisation du programme* » (CCH, art. L. 221-2).

**Ainsi, dès lors que l'entrepreneur agit en qualité de mandataire du maître d'ouvrage en s'obligeant à réaliser un programme de construction et à procéder aux opérations juri-**

**diques, administratives et financières dépassant les simples formalités administratives de la construction**, le contrat à conclure doit être un contrat de promotion immobilière, tel que défini par les articles L. 221-1 et suivants du Code de la construction et de l'habitation.

#### *3. Le contrat d'entreprise : un contrat de louage d'ouvrage avec absence de mandat (C. civ., art. 1779-3, 1779-1 et 1787)*

**Le domaine d'application du contrat d'entreprise** dans le cadre de bâtiments à usage d'habitation ou professionnel et d'habitation **s'est considérablement rétréci** depuis l'institution des régimes spécifiques de la vente d'immeuble à construire, du contrat de promotion immobilière et du CCMI.

Il en résulte que seront soumis au simple contrat d'entreprise les entrepreneurs agissant :

- sur toutes opérations de construction quelle qu'en soit la nature, mais :
  - sans pouvoir de mandat ou avec un pouvoir de mandat limité aux seules formalités administratives de la construction ; à défaut, le régime du contrat de promotion immobilière s'appliquerait (CCH, art. L. 222-2),
  - sans procurer le terrain directement ou indirectement ; à défaut, le contrat serait du domaine de la vente d'immeuble à construire ;
- et si le contrat porte sur une maison individuelle :
  - sans exécution des travaux de gros œuvre, de mise hors d'eau et hors d'air d'une maison individuelle, et sans fourniture de plans ; à défaut, le contrat serait soumis au régime du CCMI sans fourniture de plans,
  - sans responsabilité de l'opération vis-à-vis du maître d'ouvrage s'il fournit les plans : à défaut, le contrat serait soumis au régime du CCMI avec fourniture de plans.

## 1.2. Domaine respectif des contrats hors du secteur protégé

Il s'agit donc *a contrario* de constructions à usage autre que l'habitation (ou autre que professionnel et habitation).

### 1.2.1. L'entrepreneur chargé de la construction procure le terrain directement

Lorsque le constructeur qui s'engage à réaliser la construction procure de manière directe le terrain à l'acquéreur, le contrat qui doit être régularisé entre les parties est une vente d'immeuble à construire conforme aux dispositions des articles L. 261-1 et suivants du Code de la construction et de l'habitation, soit une vente à terme (CCH, art. L. 261-2), soit une VEFA (CCH, art. L. 261-3).

Toutefois, les dispositions de ces articles présentent un caractère supplétif (c'est-à-dire, non obligatoire) dès lors que l'immeuble à construire ne dépend pas du secteur protégé.

### 1.2.2. L'entrepreneur chargé de la construction ne procure pas le terrain ou le procure simplement de manière indirecte

Ni le contrat de vente d'immeuble à construire ni le contrat de maison individuelle ne sont obligatoires.

En effet, dès lors que la construction envisagée n'est pas à usage d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation, ne seront pas applicables :

- les dispositions de l'article L. 261-10, deuxième alinéa, du Code de la construction et de l'habitation relatives à l'obligation de conclure un contrat de vente d'immeuble à construire conforme aux articles L. 261-1 et suivants du Code de la construction et de l'habitation, pour le cas de fourniture directe ou indirecte du terrain ;
- les dispositions des articles L. 230-1 et suivants du Code de la construction et de l'habitation relatives aux contrats de construction de maison individuelle avec ou sans fourniture de plans.

Il en résulte que l'entrepreneur ne peut conclure que :

- un contrat de promotion immobilière prévu aux articles L. 221-1 et suivants du Code de la construction et de l'habitation, dès lors que l'entrepreneur agit en qualité de mandataire du maître d'ouvrage en s'obligeant à réaliser un programme de construction et à procéder aux opérations juridiques, administratives et financières ;
- ou un contrat de louage d'ouvrage, dès lors qu'un entrepreneur est chargé de la réalisation d'un ouvrage, quel qu'il soit, sans le pouvoir de mandat prévu à l'article L. 221-2 du Code de la construction et de l'habitation, ou avec mandat limité aux seules formalités administratives.

# 2. Les contrats du secteur protégé : dispositions d'ordre public

Après avoir cerné le domaine respectif de chacun des contrats, étudions maintenant les clauses à insérer dans chacun de ces contrats.

## 2.1. Le contrat de vente d'immeuble à construire : VEFA ou VIR

### 2.1.1. La VEFA

Conformément à l'article L. 261-1 du Code de la construction et de l'habitation, **le contrat doit être conclu par acte authentique et préciser** :

- la description de l'immeuble (ou partie d'immeuble) vendu ;
- son prix et les modalités de paiement de celui-ci ;
- le délai de livraison ;
- les modalités de révision du prix, s'il est révisable ;
- les indications utiles relatives à la consistance et aux caractéristiques techniques de l'immeuble ;
- en outre, lorsqu'il est conclu une VEFA, la garantie de l'achèvement de l'immeuble ou du remboursement des versements effectués en cas de résolution du contrat à défaut d'achèvement.

Si, avant la conclusion de la vente, le vendeur a obtenu le bénéfice d'un prêt spécial du Crédit foncier de France ou du Comptoir des entrepreneurs, le contrat doit mentionner que l'ache-

teur a été mis en état de prendre connaissance des documents relatifs à l'équilibre financier de l'opération. Dans le cas de la VEFA, le vendeur ne peut exiger ni accepter aucun versement ni aucun dépôt avant la signature du contrat, ni avant la date à laquelle la créance est exigible (CCH, art. L. 261-12).

Dans le cas du contrat de vente à terme, seuls des dépôts de garantie pourront être effectués, à mesure de l'avancement des travaux, à un compte spécial ouvert au nom de l'acquéreur (CCH, art. L. 261-12).

La vente d'un immeuble à construire peut être précédée d'un **contrat préliminaire** par lequel, en contrepartie d'un dépôt de garantie effectué à un compte spécial, le vendeur s'engage à réserver à l'acheteur un immeuble ou une partie d'immeuble.

Ce contrat **doit comporter** des indications relatives :

- à la consistance de l'immeuble ;
- à la qualité de la construction ;
- aux délais d'exécution des travaux ;
- à la consistance, à la situation et au prix du local réservé.

**Les fonds déposés en garantie sont indisponibles**, incessibles et insaisissables jusqu'à la conclusion du contrat de vente (CCH, art. L. 261-15).

**Un décret en date du 27 septembre 2010** relatif aux ventes d'immeubles à construire ou à rénover **encadre le recours à la garantie intrinsèque en VEFA**. Ces modifications sont applicables aux opérations dont le permis de construire est déposé à compter du 1er avril 2011 :

- obligation est faite au vendeur d'ouvrir un compte unique, propre à l'opération, auprès d'un établissement de crédit et de s'engager à y centraliser les fonds assurant le financement du ou des immeubles ;
- parmi les critères tenant à l'opération elle-même, ne sont plus pris en compte les seuls « *fonds propres du vendeur* », mais les « *fonds appartenant au vendeur déjà investis dans l'opération ou disponibles pour la financer, à l'exclusion des dations en paiement et des fonds issus d'emprunts* » ;
- au critère relatif au « *montant du prix des ventes déjà conclues* » est ajouté « *et pour lesquelles l'acquéreur a fourni une attestation bancaire précisant qu'il dispose des fonds ou valeurs nécessaires à l'achat ou d'un crédit confirmé* » ;
- afin de protéger l'acquéreur d'une défaillance du vendeur au stade du second œuvre, des étapes intermédiaires s'intercaleront entre les seuils de 35 %, 70 % et 95 % de la grille d'échelonnement des paiements :
  35 % à l'achèvement des fondations,
  **50 % à l'achèvement du plancher haut du rez-de-chaussée**,
  **65 % à l'achèvement du dernier plancher haut**,
  70 % à la mise hors d'eau,
  **80 % à l'achèvement des cloisons et à la mise hors d'air**,
  **90 % à l'achèvement des travaux d'**équipement, de plomberie, de menuiserie et de chauffage,
  95 % à l'achèvement de l'immeuble ;

- le vendeur doit joindre à chaque appel de fonds une attestation de réalisation des travaux établie par un homme de l'art. Lorsque le vendeur se charge de la maîtrise d'œuvre, l'attestation sera établie par un organisme de contrôle indépendant.

Par ailleurs, l'article R. 261-24 du Code de la construction et de l'habitation est remplacé par les dispositions suivantes :

> *La garantie d'achèvement ou de remboursement prend fin à l'achèvement de l'immeuble tel que défini à l'article R. 261-1. Cet achèvement résulte de la constatation qui en est faite soit par un homme de l'art ou un organisme de contrôle indépendant dans les conditions prévues au 12e alinéa de l'article R. 261-18-1, soit par une personne désignée dans les conditions prévues à l'article R. 261-2.*

**Suppression de la garantie intrinsèque au 1er janvier 2015.**

> *À compter du 1er janvier 2015, les vendeurs en l'état futur réalisant des opérations à usage d'habitation ou à usage mixte n'auront plus le choix de fournir soit une garantie intrinsèque soit une garantie extrinsèque : seule la garantie financière d'achèvement sera autorisée.*

En VEFA, dans le secteur du logement, l'existence de certaines conditions propres à l'opération augurant sa bonne fin (immeuble hors d'eau et non grevé d'hypothèque ou privilège, fondations achevées et bonne commercialisation des lots…) dispense le promoteur, depuis un décret du 22 décembre 1967, de fournir aux acquéreurs une garantie bancaire (dite « extrinsèque »).

Bien qu'encadrée par un décret du 27 septembre 2010 (cf. ci-dessus), la garantie intrinsèque restait décriée par les acquéreurs.

Cela a conduit le gouvernement à décider du principe de la suppression de la garantie intrinsèque d'achèvement dans la loi n° 2013-569 du 1er juillet 2013 habilitant le gouvernement à adopter des mesures de nature législative pour accélérer les projets de construction, suivie par l'ordonnance n° 2013-890 du 3 octobre 2013.

**Ainsi, pour les opérations dont la demande de permis de construire sera déposée à compter du 1er janvier 2015, le vendeur en l'**état futur devra :

- souscrire, avant la conclusion du contrat de VEFA, une garantie financière d'achèvement ou de remboursement ;
- justifier dans le contrat de VEFA de la souscription de la garantie financière et de la fourniture en annexe de l'attestation de la garantie établie par le garant (cf. les articles L 261-10-1 et L 261-11 du Code de la construction et de l'habitation).

Pour les permis de construire déposés jusqu'au 31 décembre 2014, les promoteurs peuvent continuer à proposer une garantie intrinsèque d'achèvement, si les conditions de l'opération le permettent.

***Critiques***

Cette suppression abrupte, sans évaluation de l'encadrement opéré par le décret du 27 septembre 2010, est critiquable.

L'offre des garants sera-t-elle suffisante pour couvrir le surplus de garantie financière d'achèvement (GFA) engendré par la suppression de la garantie intrinsèque ?

Aujourd'hui, il est déjà difficile d'obtenir une GFA. Certaines PME risquent donc d'être pénalisées alors qu'elles fonctionnaient bien avec la garantie intrinsèque dont la suppression compromettra la sortie d'opérations.

Enfin, la date du 1er janvier 2015 laisse trop peu de temps aux opérateurs pour se préparer, et aux opérations en cours, sous garantie intrinsèque, de s'achever.

### 2.1.2 Le contrat de vente d'immeuble à rénover (VIR)

Avant la publication de la loi portant engagement national pour le logement du 13 juillet 2006 (art. 80), la vente d'un immeuble qu'un professionnel s'engage à réhabiliter n'était pas encadrée juridiquement. Les « rénovateurs », selon l'ampleur des travaux à réaliser, utilisaient soit le statut réglementé et très protecteur pour les acquéreurs de la VEFA, soit la conclusion d'une vente ordinaire, soumise au droit commun, assortie d'un marché de travaux, mais sans que l'acquéreur dispose de garanties légales particulières à ce type d'opération.

**Depuis la parution du décret d'application du 16 décembre 2008** relatif à la vente d'immeuble à rénover, la signature d'une VIR s'impose à toute personne (promoteur, entrepreneur…) qui vend tout ou partie d'un immeuble bâti, à usage d'habitation ou mixte (professionnel et habitation), ou destiné après travaux à l'un de ces usages, et qui s'engage, dans un délai déterminé par le contrat, à réaliser, directement ou indirectement, des travaux sur le bien vendu tout en percevant des sommes d'argent de l'acquéreur avant la livraison des travaux.

**Trois conditions cumulatives** sont requises pour que s'applique le régime de la VIR :

- **la vente** doit porter sur un immeuble ou une partie d'immeuble bâti, à usage d'habitation ou mixte, ou encore sur un immeuble destiné après travaux à l'un de ces usages ;
- **le vendeur doit s'engager** à réaliser, directement ou indirectement, des travaux sur l'immeuble bâti après la conclusion de la vente ;
- **le vendeur doit percevoir** des sommes d'argent avant l'achèvement.

**La VIR ne s'applique pas aux travaux d'agrandissement ou de restructuration complète de l'immeuble, assimilables à une reconstruction**. Les articles R. 262-1 et suivants du Code de la construction et de l'habitation définissent, en effet, négativement les travaux exécutés par le vendeur.

Il s'agit de tous travaux de rénovation portant sur un immeuble bâti existant, à l'**exclusion des travaux suivants qui rendent à l'**état neuf :

- soit la majorité des fondations ;
- soit la majorité des éléments hors fondations déterminant la résistance et la rigidité de l'ouvrage ;
- soit la majorité de la consistance des façades hors ravalement ;
- soit l'ensemble des éléments de second œuvre suivants, dans une proportion au moins égale aux 2/3 pour chacun des éléments mentionnés :
  - les planchers ne déterminant pas la résistance ou la rigidité de l'ouvrage,
  - les huisseries extérieures,
  - les installations sanitaires et de plomberie,
  - les installations électriques,
  - et, pour les opérations réalisées en métropole, le système de chauffage.

**Si la vente est précédée d'un avant-contrat**, celui-ci revêt la forme d'une promesse de vente comportant des mentions relatives, en particulier, aux travaux à exécuter et au prix du bien immobilier (CCH, art. L. 262-9).

Comme en VEFA, le vendeur d'un immeuble à rénover doit **conclure un contrat devant notaire qui comporte des mentions impératives**.

Le vendeur transfère immédiatement à l'acquéreur ses droits sur le sol ainsi que la propriété des constructions existantes. Les ouvrages à venir deviennent la propriété de l'acquéreur au fur et à mesure de leur exécution.

L'acquéreur est tenu d'en payer le prix à mesure de l'avancement des travaux. Selon l'article R. 262-10 (modifié par l'article 4 du décret du 27 septembre 2010), il doit s'acquitter à la fois :

- du prix de l'existant, lors de la signature du contrat ;
- des paiements relatifs au prix des travaux, qui ne peuvent excéder :
  - 50 % à l'achèvement des travaux représentant la moitié du prix total des travaux,
  - 95 % à l'achèvement de l'ensemble des travaux (à ce stade, l'acquéreur paie donc 45 %),
  - 5 % (le solde) à la livraison. Mais ce solde peut être consigné en cas de défaut de conformité ou de vices apparents mentionnés sur le procès-verbal de livraison (prévu à l'article L. 262-3).

**Cela signifie que des paiements intermédiaires entre ces échéances sont possibles**.

La constatation de l'achèvement des travaux représentant la moitié du prix total des travaux, ou de l'achèvement de la totalité des travaux, est faite par un homme de l'art tel que défini à l'article R. 262-7.

Si la vente est conclue sous condition suspensive, aucun versement ne peut être effectué avant la réalisation de cette condition, conformément à l'article L. 262-9.

Si le contrat prévoit des pénalités de retard, le taux de celles-ci ne peut excéder le taux de l'intérêt légal en vigueur au moment de la conclusion du contrat majoré de 2 points.

**Dans la VIR, le vendeur reste maître d'ouvrage jusqu'à la réception des travaux.** La loi précise qu'il y a une seule et unique date de réception pour tous les corps d'état (article L. 262-2 du CCH).

Dans la VIR, **le vendeur ne peut que justifier d'une garantie financière d'achèvement (similaire à la garantie extrinsèque en matière de VEFA dans le secteur protégé**).

**La livraison** de l'immeuble existant à rénover et sa prise de possession interviennent en principe le jour de la vente. Le vendeur doit souscrire pour le compte des acquéreurs une assurance dommage-ouvrage et couvrir sa responsabilité à ce titre par la souscription d'une police Constructeur Non-Réalisateur (CNR).

**Si le vendeur-rénovateur veut échapper au statut de la VIR**, il réalisera les travaux de rénovation avant la vente et vendra un immeuble en l'état soumis au seul droit commun.

La partie réglementaire du Code de la construction et de l'habitation relative à la VIR précise également les mentions obligatoires de la promesse de vente (dossier de diagnostic technique, notamment) et du contrat (notice descriptive, conforme à un modèle type, plans, surfaces, date de livraison des travaux, garantie d'achèvement des travaux, assurances…).

## 2.2. Le contrat de construction de maison individuelle (CCMI)

La loi de 1990 a pour objectif essentiel la protection du consommateur désirant accéder à la propriété. Elle impose, en effet, aux constructeurs de maisons individuelles de lourdes contraintes : ils sont tenus de proposer la conclusion d'un contrat de construction très réglementé dès qu'ils proposent le plan ou qu'ils se chargent d'exécuter une part importante des travaux.

Cette loi a également pour objectif de garantir la protection des sous-traitants qui travaillent pour les constructeurs de maisons individuelles : ces derniers sont tenus de conclure les contrats de sous-traitance par un écrit dont les mentions sont réglementées. S'y ajoutent les obligations que prévoit la loi de 1975 avec une nouvelle forme de garantie de paiement pour la sous-traitance en maison individuelle.

### 2.2.1. Champ d'application du CCMI

Le CCMI est obligatoire, à partir du moment où une personne fait construire :

- un immeuble ;
- à usage d'habitation, ou à usage d'habitation et professionnel ;
- ne comportant pas plus de **deux logements** (cas du maître d'ouvrage qui veut loger une personne de sa famille ou qui désire se procurer un revenu complémentaire) ;
- sur un terrain lui appartenant (si le constructeur fournit le terrain directement, il s'agit d'une vente d'immeuble en état futur d'achèvement).

Il existe deux types de contrats : le CCMI avec fourniture de plan et le CCMI sans fourniture de plan.

**Le contrat relatif à la réhabilitation d'une maison n'est pas un CCMI**. Pour la Cour de cassation, un contrat portant sur la rénovation ou sur la réhabilitation d'un immeuble existant ne constitue pas un CCMI au sens de l'article L. 231-1 du CCH, même si les travaux sur existants sont très lourds (Cass. 3e civ., 20 mars 2013).

#### *1. Le CCMI avec fourniture de plan*

Ce contrat s'applique :

- lorsque le constructeur propose le plan ou fait proposer le plan (notamment par un architecte, un bureau d'études…) ou retouche le plan proposé par le maître d'ouvrage et se charge de la construction (l'entrepreneur général qui effectue la totalité des travaux, le constructeur de maisons préfabriquées industrielles lorsqu'il en effectue le montage) ;
- ou lorsque le constructeur se charge de la construction d'après un plan fourni par un tiers à la suite d'un démarchage à domicile ou d'une publicité faite pour son compte : l'entrepreneur ne fournit pas lui-même le plan, mais il s'adresse à un intermédiaire (exemple : plan remis préalablement au maître d'ouvrage par un démarcheur de la société de construction) ;
- ou lorsque le constructeur fournit le plan directement ou indirectement et réalise une part, même minime, des travaux ;
- ou lorsque les personnes commercialisent des maisons préfabriquées, dites « maisons en kit ». C'est notamment le cas pour les maisons en bois avec découpe du bois, livraison, assemblage et mise hors d'eau sur le terrain du maître d'ouvrage.

#### *2. Le CCMI sans fourniture de plan*

Ce contrat s'impose au constructeur qui :

- **sans fournir, même indirectement, le plan** (c'est-à-dire que le maître d'ouvrage apporte lui-même un plan utilisable en l'état) ;
- se charge au minimum des travaux de gros œuvre, de mise hors d'eau et hors d'air.

#### *3. Contrat n'entrant pas dans le cadre de la loi du 19 décembre 1990*

La construction d'une maison par plusieurs entreprises peut être réalisée en dehors du CCMI, à condition qu'aucune des entreprises ne fournisse le plan et qu'aucune des entreprises n'exécute à elle seule les travaux de gros œuvre, hors d'eau, hors d'air.

#### *4. Exemples de requalification du contrat par le juge*

Les contraintes de la loi de 1990 (voir ci-dessous) conduisent certains professionnels à tenter de s'en affranchir en utilisant de faux contrats de maîtrise d'œuvre. Ce détournement n'est pas sans risque, car lorsqu'il y a requalification du contrat par le juge en CCMI, il y a risque de sanction civile (nullité du contrat) et de sanctions pénales (amende et peine d'emprisonnement).

- *Attendu que la société avait proposé au client un plan préétabli pour la construction projetée, que la convention incluant le coût des travaux et les honoraires de maîtrise d'œuvre était conclue pour un prix prédéterminé et qu'en raison des conditions dissuasives auxquelles était subordonnée la possibilité pour le maître de l'ouvrage de proposer d'autres entreprises, la société s'était réservée d'exécuter ou de faire exécuter les travaux convenus par les entreprises de son choix, la cour d'appel a, à bon droit, retenu la qualification de contrat de construction de maisons individuelles (Cass. 3e civ., 20 juin 2001).*
- *La qualification de contrat de maison individuelle est retenue pour des contrats dans lesquels les maîtres d'œuvre, tout en offrant des prestations de conception de plans, se **réservaient pour un prix forfaitaire, la coordination des entreprises et le choix des entreprises, en interdisant, en fait**, au maître de l'ouvrage de donner des ordres aux entreprises (Cass. 3e civ., 3 mai 2001).*

### 2.2.2. Les mentions obligatoires du CCMI

Les mentions obligatoires qui doivent figurer sur le CCMI varient selon qu'il s'agit d'un contrat avec fourniture de plan ou sans fourniture de plan.

#### *1. Contrat avec fourniture de plan*

a) Le contrat doit comporter :

- la désignation du terrain destiné à l'implantation de la construction et la mention des droits de propriété, de construire, du maître d'ouvrage sur le terrain ;
- l'affirmation que le projet est conforme aux règles de construction ;
- la consistance et les caractéristiques techniques de la maison incluant tous les travaux d'adaptation au sol, les raccordements aux réseaux divers et tous les travaux d'équipement intérieur ou extérieur indispensables à l'implantation et à l'utilisation de la maison ;
- le coût de la maison qui comprend le prix forfaitaire et définitif de la maison (sous réserve de révision de prix dans les conditions légales définies dans le contrat) et le coût des travaux dont le maître d'ouvrage se réserve, le cas échéant, l'exécution ;

- les modalités de règlement en fonction de l'état d'avancement des travaux ;
- l'indication que le maître d'ouvrage pourra se faire assister, lors de la réception, par un professionnel habilité et assuré pour cette mission ;
- l'indication de l'obtention du permis de construire et des autres autorisations administratives : une copie est annexée au contrat ;
- l'indication des modalités de financement, la nature et le montant des prêts obtenus et acceptés par le maître d'ouvrage ;
- la date d'ouverture du chantier, le délai d'exécution des travaux et les pénalités de retard de livraison ;
- la référence de l'assurance dommage-ouvrage qui doit être souscrite par le maître d'ouvrage obligatoirement avant l'ouverture du chantier. Une attestation de cette assurance doit être annexée au contrat ;
- l'attestation de la garantie de livraison à prix et délai convenus accordée par un établissement financier ou un assureur ;
- le cas échéant, l'attestation de la garantie de remboursement du montant versé avant la date d'ouverture du chantier.

L'établissement de crédit doit vérifier que les clauses figurent bien dans le contrat avant de faire une offre de prêt au maître d'ouvrage.

Ce contrat peut être conclu sous conditions suspensives d'acquisition du terrain, de l'obtention du permis de construire, de l'obtention des prêts, de l'obtention de l'assurance de dommages et de l'obtention de la garantie de livraison.

*À noter*

**Le CCMI ne peut mettre à la charge du maître d'ouvrage une étude de sol.**

La question de la répartition des tâches entre le maître d'ouvrage et son constructeur de maison individuelle est tranchée d'une simple phrase par la Cour de cassation dans une décision rendue le 20 novembre 2013 : « *Il ne peut être prévu, dans un CCMI, que le maître d'ouvrage doive fournir une étude de sol.* » La cour se prononce ainsi en visant l'article L. 231-2 du CCH qui liste les mentions devant figurer dans un CCMI avec fourniture de plan (Cass. 3e civ., 20 novembre 2013, n° 12-27041).

*Attention !*

**Toutes les énonciations prévues à l'article L. 231-2 du CCH doivent figurer dans les conditions particulières du contrat**. Il suffit qu'une seule des mentions ou des annexes obligatoires soit manquante pour que la **nullité du contrat** soit prononcée, et cela peut aboutir, dans certains cas, à la **démolition** de l'ouvrage.

Deux arrêts de la 3e chambre civile de la Cour de cassation rendus à quelques mois d'intervalle (avril et juin 2013) sur le fondement de la nullité du CCMI, au titre du non-respect des dispositions d'ordre public prévues au Code de la construction et de l'habitation, n'aboutissent pas aux mêmes conséquences pour les parties :

- –par l'arrêt du 24 avril 2013 (Société Maisons individuelles Méditerranée), la Cour de cassation confirme la **nullité** du contrat de construction, mais refuse d'ordonner la démolition de la maison sur la base de l'article 555 du Code civil, malgré la demande du maître d'ouvrage ;

- –par l'arrêt du 26 juin 2013 (Société Gilles Richard), la Cour de cassation confirme la **nullité** du contrat de construction ainsi que **la démolition de la maison** demandée par les maîtres d'ouvrage qui avaient été prononcées par la cour d'appel de renvoi. La Cour rejette la condamnation des maîtres d'ouvrage à payer au constructeur le coût des travaux réalisés, déduction faite des malfaçons.

Même si cela n'apparaît pas clairement dans la décision de la Cour de cassation, la différence d'appréciation par les magistrats des conséquences de la nullité du contrat de construction dans l'arrêt du 26 juin 2013 par rapport à celle du 24 avril 2013 peut s'expliquer par le fait que, dans l'arrêt du 26 juin, la maison est inachevée (seuls quelques murs sont élevés et comportent des malfaçons), les travaux sont interrompus depuis février 2007 et la poursuite de ceux-ci semble impossible, alors que dans l'affaire jugée le 24 avril, la maison est achevée, habitable et habitée par le maître d'ouvrage.

**Les clauses relatives au retard de livraison sont encadrées**. Les clauses déchargeant le constructeur de son obligation de respecter les délais ne peuvent concerner que les intempéries, la force majeure ou le cas fortuit (article L. 231-3, d du CCH). Une clause concernant le retard dans le paiement est ainsi réputée non écrite (Cass. 3e civ., 10 juillet 2013, n° 12-20515).

#### b) Les annexes obligatoires

Elles doivent être jointes dès l'envoi du contrat par lettre recommandée et comprennent :

- la notice descriptive de la maison : elle précise les caractéristiques techniques de la maison et des matériaux employés, et les caractéristiques des travaux d'équipement indispensables à l'implantation et à l'utilisation de la maison. La notice descriptive doit être conforme à un modèle type réglementaire ;
- le plan de la maison signé par le constructeur et le maître d'ouvrage ;
- une notice d'information conforme à un modèle type ;
- la copie du permis de construire et des autorisations administratives s'ils sont obtenus à la date de signature du contrat.

> *À noter*
>
> Le contrat signé doit être envoyé au maître d'ouvrage par lettre recommandée avec demande d'accusé de réception. L'avis de réception est le point de départ du délai de rétractation de sept jours dont bénéficie le maître d'ouvrage.

#### c) Les clauses facultatives

**La révision du prix**

Il existe deux possibilités :

- soit une révision entre la date de signature du contrat et la date d'expiration d'un délai d'un mois qui suit la plus tardive des deux dates suivantes :
  - – date de l'obtention du permis de conduire,
  - – date de l'obtention des prêts ;
- soit une révision de prix, limitée à 70 % de la variation de l'index BT 01. La révision de prix est appliquée à chaque versement. La révision de prix s'arrête dix mois après l'obtention à la fois des prêts et du permis de construire.

Le maître d'ouvrage doit être informé de ces deux possibilités avant de signer le contrat.

**La garantie de remboursement ou le dépôt de garantie**

La loi rappelle qu'**aucun versement** d'argent ne peut être fait avant la signature du contrat et, plus généralement, avant la date d'exigibilité de la créance en respectant l'échelonnement des paiements.

**La perception de fonds par le constructeur avant le début des travaux qui ne prend la forme ni d'un dépôt de garantie, ni d'une garantie de remboursement est sanctionnée pénalement**. Une cour d'appel a considéré coupable de perception anticipée de fonds M. X et l'a condamné à dix-huit mois d'emprisonnement avec sursis ainsi qu'à une amende de 3 000 € et à verser une somme de 2 500 € au maître d'ouvrage (Cass., Ch. crim., 30 mars 2005).

Toutefois, le contrat peut stipuler un dépôt de garantie, limité à 3 % du prix de la construction. Ce dépôt sera effectué à un compte spécial ouvert au nom du maître d'ouvrage.

**Le dépôt de garantie** reste bloqué jusqu'à la réalisation de toutes les conditions suspensives :

- il s'impute sur les premiers paiements si toutes les conditions sont réalisées ;
- il est intégralement remboursé au maître d'ouvrage sans aucune retenue si toutes les conditions suspensives ne sont pas réalisées dans le délai prévu au contrat ou si le maître d'ouvrage se rétracte dans le délai de sept jours.

Le dépôt de garantie peut être remplacé par **une caution bancaire qui garantit le remboursement des sommes versées** avant l'ouverture du chantier. Dans ce cas, le constructeur peut obtenir au plus :

- 5 % à la signature du contrat ;
- 5 % à l'obtention du permis de construire.

En pratique, les garants délivrent cette caution uniquement en contrepartie d'un versement de 5 % du prix convenu (voire de 3 % dans certains cas) à la signature du contrat.

**La garantie de remboursement est donnée :**

- pour le cas où le contrat ne peut être exécuté faute de réalisation des conditions suspensives dans le délai prévu ;
- pour le cas où le maître d'ouvrage exercerait la faculté de rétractation dans les sept jours de la notification du contrat faite par le constructeur.

La garantie de remboursement prend fin à la date d'ouverture du chantier à compter de laquelle elle est relayée par la garantie de livraison.

#### *2. Contrat sans fourniture de plan*

Les énonciations qui doivent être mentionnées dans ce contrat sont sensiblement réduites et simplifiées par rapport à celles du contrat avec fourniture de plan. Le contrat doit être rédigé par écrit et indiquer :

- la désignation du terrain ;
- la consistance et les caractéristiques techniques de l'ouvrage à réaliser ;
- le prix convenu forfaitaire et définitif, sous réserve s'il y a lieu de sa révision, ainsi que les modalités de son règlement en fonction de l'avancement des travaux. Les règles relatives à la révision du prix sont laissées ici à la liberté des parties ;
- le délai d'exécution des travaux et les pénalités applicables en cas de retard de livraison ;

- la référence de l'assurance de dommages souscrite par le maître d'ouvrage ;
- l'indication que le maître d'ouvrage pourra se faire assister lors de la réception par un professionnel habilité et assuré ;
- l'engagement de l'entrepreneur de fournir, au plus tard à la date d'ouverture du chantier, la justification de la garantie de livraison.

### 2.2.3. La garantie de livraison

Le point essentiel de la loi de 1990 est la garantie de livraison à prix et délai convenus, qui est obligatoire et prend la forme d'une caution délivrée par un établissement financier ou une compagnie d'assurances.

#### *1. Une garantie obligatoire*

Cette garantie est obligatoire **pour le contrat avec fourniture de plan et pour le contrat sans fourniture de plan**.

La garantie de livraison prend effet à compter de la date d'ouverture du chantier. Le constructeur doit notifier à l'établissement garant la déclaration d'ouverture de chantier.

Une attestation de cette garantie doit être annexée au CCMI. Rien n'empêche que le garant délivre une garantie globale au constructeur pour une période donnée, mais l'attestation remise au client doit très clairement faire apparaître que son contrat, même s'il n'est pas nominativement désigné, entre effectivement dans le champ de ceux couverts par cette garantie.

L'absence de remise de garantie de livraison est soumise à des sanctions pénales : peine d'emprisonnement pouvant atteindre deux ans et amende pouvant atteindre 37 500 €, ou l'une des deux peines.

En outre, les juges peuvent allouer des dommages-intérêts au maître d'ouvrage pour réparation du préjudice moral résultant de l'infraction d'exécution de travaux sans garantie de livraison. Ils peuvent allouer également des sommes au titre du préjudice matériel si le maître d'ouvrage apporte la preuve que les sommes qu'il a dû avancer auraient été prises en charge par la garantie de livraison. Il faut souligner que la garantie de livraison ne couvre pas le paiement de dommages-intérêts au maître d'ouvrage pour troubles de jouissance (Cass. 3e civ., 16 novembre 2004).

Dans une autre affaire, le constructeur a été condamné à verser 1 500 € aux clients pour le défaut de garantie de livraison (Cass., Ch. crim., 30 juin 2004).

#### *2. La garantie couvre le maître d'ouvrage :*

- **contre les risques d'inexécution** et de mauvaise exécution des travaux prévus au contrat (inexécution des travaux nécessaires à la levée des réserves) ;
- **le non-respect du prix** convenu et des délais prescrits.

Le contrat peut être établi sous la condition suspensive de l'obtention de la garantie de livraison. Il est prévu un contrôle à cet égard par le prêteur, qui ne débloque pas les fonds s'il n'a pas communication de l'attestation de garantie.

***3. En cas de défaillance du constructeur, le garant prendra en charge :***

- **le coût des dépassements du prix convenu** (avec possibilité de franchise de 5 %) dès lors qu'ils sont nécessaires à l'achèvement de la construction.
  Il s'agit d'un achèvement conforme aux prévisions du contrat et dépourvu de malfaçons apparentes. Il en résulte qu'en cas de défaillance du constructeur, le garant doit prendre à sa charge le coût des travaux nécessaires non seulement à la réparation des malfaçons, mais également, s'il y a lieu, de ceux nécessaires à la mise en conformité avec les prévisions du contrat ;
- **les conséquences d'un paiement anticipé** ou d'un supplément de prix dont serait responsable le constructeur.
  Le garant se trouve essentiellement tenu au titre des paiements que le constructeur aurait obtenus de façon anticipée pour des travaux non réalisés.
  La garantie couvre aussi le cas où le fait du constructeur entraîne un supplément de prix. Il s'agira notamment des conséquences financières tenant au non-respect par le constructeur des dispositions législatives et réglementaires relatives au CCMI ainsi que les erreurs matérielles ayant abouti à un supplément de prix et toutes les conséquences inhérentes à la défaillance du constructeur, y compris celles relatives aux rapports de ce dernier avec les sous-traitants ;
- **les pénalités forfaitaires** prévues au contrat en cas de retard de livraison excédant trente jours.
  Le montant et le seuil minimum de ces pénalités étant fixés par décret n° 91-1202 du 27 novembre 1991, les pénalités pour retard de livraison s'élèvent au minimum à 1/3000 du prix convenu par jour de retard.
  Les pénalités de retard ne s'appliquent que pour le retard de livraison. Le garant ne peut être condamné à payer des indemnités de retard au client du fait que le constructeur n'a pas levé les réserves faites à la réception (Cass. 3e civ., 12 octobre 2005).

En revanche, lorsque le garant a désigné une personne pour terminer les travaux en cas de défaillance du constructeur initial, il n'est pas responsable du retard pris dans l'achèvement de la maison par le nouveau constructeur.

Si le maître d'ouvrage résilie le CCMI en cours d'exécution, les pénalités de retard pour la période postérieure à la résiliation ne sont pas dues (Cass. 3e civ., 4 avril 2013, n° 12-15663).

***4. La mise en œuvre de la garantie de livraison***

**En cas de non-respect des délais de livraison ou de réserves formulées à la réception et non levées dans le délai prévu du fait de la défaillance du constructeur** : le garant, de sa propre initiative, ou lorsqu'il en est informé par le maître d'ouvrage, doit mettre en demeure le constructeur de livrer l'immeuble.

Si le constructeur n'intervient pas dans le délai de quinze jours après la mise en demeure, le garant désigne sous sa responsabilité l'entreprise qui aura à achever la construction.

**En cas de procédure de redressement judiciaire du constructeur** : le garant, de sa propre initiative ou lorsqu'il en est informé par le maître d'ouvrage, doit mettre en demeure l'administrateur judiciaire de se prononcer sur l'exécution du contrat, puisque celui-ci a seul la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours.

À défaut de réponse dans le délai d'un mois, le garant procède à l'exécution de ses obligations. Il y procède également dans le cas où, malgré sa réponse positive, l'administrateur ne poursuit pas l'exécution du contrat dans les quinze jours qui suivent sa réponse.

Le garant a deux possibilités :

- soit désigner sous sa responsabilité la personne qui terminera les travaux ;
- soit, si l'immeuble a atteint le stade du hors d'eau, proposer au maître d'ouvrage de conclure lui-même les marchés de travaux. Dans ce cas, le paiement des entrepreneurs, pour les sommes consécutives au dépassement du prix, se fait directement par le garant avec l'accord du maître d'ouvrage.

En contrepartie, le garant peut exiger de percevoir directement du maître d'ouvrage les sommes correspondant aux travaux qu'il effectue ou fait effectuer dans les conditions prévues par le contrat pour l'échelonnement des paiements.

#### *5. La durée de la garantie de livraison*

Les obligations du garant courent à partir de la date d'ouverture du chantier.

La garantie cesse à des dates qui varient selon les formes de la réception :

- à la réception sans réserves lorsque le maître d'ouvrage est assisté d'un professionnel ;
- à l'expiration du délai de huit jours suivant la réception, lorsque celle-ci est faite par le maître d'ouvrage sans l'assistance d'un professionnel ;
- à la levée des réserves éventuellement dénoncées à la réception ou dans les huit jours qui suivent celle-ci.

En cas de défaillance du constructeur ou de l'entrepreneur principal, le garant est donc tenu de faire exécuter les travaux nécessaires à la reprise des vices apparents.

En cas de défaillance du constructeur, par application de l'article L. 231-6 III du Code de la construction et de l'habitation, le garant est en droit de percevoir directement du maître d'ouvrage les sommes correspondant aux travaux qu'il effectue ou fait effectuer, même s'agissant de travaux confortatifs du terrain, engagés à la suite de l'apparition de désordres et non de travaux d'achèvement proprement dits (Cass. 3$^{e}$ civ., 23 octobre 2012, SAS CIREC).

#### *6. Applications par le juge*

La réglementation étant d'ordre public, est nul un CCMI pour lequel n'est pas fournie une garantie de livraison. Le constructeur ne peut pas même soulever l'absence de préjudice subi par l'accédant (CA Orléans, 27 mars 1997).

La preuve de la garantie de remboursement doit être annexée au contrat. Une attestation produite par le constructeur en cour d'appel, insusceptible d'avoir pu être annexée au contrat car portant une date postérieure à celle du contrat, est inopérante.

Le document doit comporter une référence au chantier objet du contrat.

Avant réception, il n'y a pas lieu de distinguer entre les désordres qui relèveraient de la garantie décennale et ceux d'une autre nature, dès lors que leur reprise préalable s'avère nécessaire à l'achèvement de la construction.

**Le garant ne peut s'exonérer qu'en prouvant la cause étrangère**. Ainsi, en cas de destruction partielle de l'immeuble avant réception, le garant devra payer le surcoût résultant des travaux nécessaires à la réalisation correcte de l'ouvrage.

**Le garant est tenu d'assurer seulement la livraison de la chose définie au contrat** qui lui a été soumis ; un avenant ultérieur, qui ne lui a pas été communiqué et qu'il n'a donc pu accepter de couvrir, ne l'engage pas (CA Aix-en-Provence, 25 janvier 1994).

**Le garant ne doit financer la construction** ainsi définie **que pour le montant excédant le prix convenu**, nécessaire à sa réalisation. La garantie est constituée pour la différence entre le coût global réel de la construction et le prix global stipulé au contrat (Cass. 3e civ., 9 novembre 1994).

**Le garant a un recours contre l'assureur dommage ouvrage** : lorsque, suite à la défaillance du constructeur, le garant prend en charge les désordres de nature décennale, il bénéficie d'un recours pour ces désordres de nature décennale contre l'assureur dommage ouvrage (Cass. civ., 2 mars 2005, Aviva Assurances c/ Gan IARD).

Le garant, appelé à désigner un entrepreneur chargé d'achever une construction abandonnée, a l'obligation de s'assurer de l'existence d'une telle acceptation par le nouveau constructeur (Cass. 3e civ., 26 octobre 2005).

**Le garant n'est pas constructeur d'un ouvrage**. L'exécution par le garant de ses obligations d'achèvement ne lui confère pas la qualité de constructeur tenu en application de l'article 1792 du Code civil de garantir les désordres de nature décennale apparus après la réception de la construction (Cass. 3e civ., 7 septembre 2011, CEGI).

**Le garant dispose d'un recours contre le constructeur**. Les entreprises d'assurance habilitées à pratiquer des opérations de caution bénéficient de la subrogation dans les droits du créancier. La loi du 10 juillet 2010 (portant réforme du crédit à la consommation), qui l'a précisé, a un caractère interprétatif et peut donc s'appliquer à des contrats signés antérieurement.

### 2.2.4. Le contrôle du contrat par le banquier prêteur

La loi du 19 décembre 1990 a institué un contrôle du contrat de CCMI avec fourniture de plan par l'établissement de crédit finançant l'opération.

Selon l'article L. 231-10 du Code de la construction et de l'habitation, aucun prêteur ne peut émettre une offre de prêt sans avoir vérifié que le contrat de construction comporte les énonciations qui doivent y figurer au moment où l'acte lui est transmis.

Le contrôle consiste pour le banquier à vérifier la présence matérielle dans le contrat des onze mentions obligatoires prévues à l'article L. 231-2 du Code de la construction et de l'habitation.

Sanction de cette obligation : le prêteur devra supporter, en cas de défaillance du constructeur, les conséquences préjudiciables d'un versement excédant l'échelle réglementaire des paiements dès lors que ce versement résulte de l'exécution d'une clause irrégulière du contrat (CCH, art. L. 231-10, deuxième alinéa).

Le prêteur ne peut débloquer les fonds s'il n'a pas communication de l'attestation de garantie de livraison. Le prêteur engagerait sa responsabilité s'il débloquait des fonds sans avoir obtenu l'attestation de garantie de livraison.

La Cour de cassation a évolué sur les obligations mises à la charge du banquier prêteur :

- tout d'abord, la Haute Juridiction a cassé un arrêt de cour d'appel qui avait considéré que le prêteur a aussi le devoir de vérifier la nature réelle de la convention, sans pouvoir se retrancher derrière la qualification retenue par les parties et en fait imposée par le constructeur, au motif que l'article L. 231-10 du Code de la construction et de l'habitation ne met pas à la charge du prêteur l'obligation de requalifier le contrat qui lui est soumis (Cass. 3e civ., 9 juillet 2002) ;
- dans un arrêt plus récent, il a été considéré que l'article L. 231-10 du Code de la construction et de l'habitation qui ne met pas à la charge du prêteur l'obligation de requalifier le contrat qui lui est soumis, **ne le dispense pas de son obligation de renseignement** et de conseil à l'égard du maître d'ouvrage à qui il fait une offre de prêt (Cass. 3e civ., 7 novembre 2004).

Pour le versement direct du prêt au constructeur, les paiements ne peuvent être effectués qu'aux différents stades d'avancement des travaux prévus par la réglementation, et sur ordre écrit du maître d'ouvrage, à chaque échéance, et après information du garant.

**Le prêteur qui effectuerait des règlements sans ordre écrit du maître d'ouvrage pourrait être tenu responsable** des conséquences préjudiciables des paiements qu'il effectue aux différents stades de la construction.

Les dispositions relatives aux CCMI sur plan proposé, lorsque l'acquéreur fait appel au crédit, **ne mettent pas à la charge du prêteur l'obligation de vérifier la véracité des documents produits** mais seulement leur existence, et le prêteur n'est pas tenu d'exiger la remise en original de la garantie de livraison, dont il doit obtenir la production par l'application de l'article L. 231-10 du Code de la construction et de l'habitation.

Est légalement justifiée la décision qui évalue souverainement l'indemnisation des acquéreurs, mise à la charge de la banque prêteuse, au titre du préjudice consistant en prestations non effectuées par l'entrepreneur et pénalités de retard dues par lui, dans la limite de la somme que les acquéreurs auraient pu ne pas verser au constructeur si la banque avait correctement et en temps utile rempli l'obligation, résultant de l'article L. 231-7-III du Code de la construction et de l'habitation, d'aviser de ses versements le garant supposé de l'opération, ce qui aurait révélé l'absence de garantie. (Cass. 3e civ., 12 février 2003).

Il y a responsabilité du banquier qui débloque une partie des fonds sans avoir reçu copie de la garantie de livraison, malgré la négligence du maître d'ouvrage (Cass. 3e civ., 14 mars 2012, CRCAM, n° 11-10.291).

Ne manque pas à son obligation de conseil vis-à-vis du maître d'ouvrage la banque qui, au vu des documents qui lui ont été remis, était fondée à considérer que la construction devait être réalisée dans le cadre d'un contrat de maîtrise d'œuvre conclu avec architecte et de marchés de travaux (Cass. 3e civ., 9 octobre 2013, Caisse de crédit mutuel de Besançon Union).

### 2.2.5. Les paiements des travaux

#### *1. Échelonnement des paiements*

L'interdiction de perception anticipée de fonds, avant la signature du contrat et avant la date à laquelle la créance est exigible, existe pour les deux types de contrat, avec ou sans fourniture de plan.

En outre, **pour le contrat de construction avec fourniture de plan**, une grille d'appels de fonds fixe le pourcentage maximum du prix total que peut percevoir le constructeur à chaque stade la construction.

Cette grille est la suivante :

- 15 % à l'ouverture du chantier (sur lequel sera imputé, le cas échéant, le montant du dépôt de garantie) ;
- 25 % à l'achèvement des fondations ;
- 40 % à l'achèvement des murs ;
- 60 % à la mise hors d'eau ;
- 75 % à l'achèvement des cloisons et à la mise hors d'air ;
- 95 % à l'achèvement des travaux d'équipement, de plomberie, de menuiserie et de chauffage.

Les paiements devront intervenir au plus tard à l'expiration du délai prévu au contrat : le point de départ de ce délai est la date de la demande de paiement présentée par le constructeur.

Le solde, soit 5 %, est payable à la levée des réserves, selon l'un ou l'autre des cas suivants (ces dispositions du paiement du solde sont valables pour les deux contrats : avec et sans fourniture de plan) :

- le maître d'ouvrage se fait assister lors de la réception des travaux par un professionnel habilité : le solde est payé à la réception des travaux formulée sans réserves, ou à la levée des réserves ;
- le maître d'ouvrage ne se fait pas assister par un professionnel : le solde est payé huit jours après la remise des clés consécutive à la réception sans réserves ou à la levée des réserves.

Lorsque des réserves sont formulées à l'occasion de la réception, une somme proportionnée à l'importance de celles-ci, et au plus égale à 5 % du prix convenu, est consignée jusqu'à la levée de ces réserves, le solde étant alors versé au constructeur.

**Pour le contrat sans fourniture de plan**, il n'y a aucune possibilité d'obtenir le versement de sommes par le client avant le début des travaux.

C'est le contrat qui fixe l'échelonnement des paiements au fur et à mesure de l'exécution des travaux. Toutefois, pour le solde, ce sont les dispositions explicitées ci-dessus pour le contrat avec fourniture de plan qui s'appliquent également.

#### *2. Retards de paiement*

La réglementation impose une corrélation entre les pénalités pour retard de paiement à l'encontre du client maître d'ouvrage et les pénalités pour retard de livraison à l'encontre du constructeur :

> *Le contrat peut prévoir à la charge du maître de l'ouvrage une pénalité pour retard de paiement. Toutefois, le taux de celle-ci ne peut excéder 1 % par mois calculé sur les sommes non réglées si la pénalité pour retard de livraison est limitée à 1/3000 du prix par jour de retard* (CCH, art. R. 231-14).

Ces dispositions s'appliquent aussi bien au contrat avec fourniture de plan qu'au contrat sans fourniture de plan.

#### *3. Un prix global et forfaitaire*

Le prix convenu avec le maître d'ouvrage est un prix global et forfaitaire, et le constructeur ne peut demander un supplément de prix, notamment lorsqu'une étude de sols s'avère indispensable, après la signature du contrat.

La Cour de cassation a considéré que l'application de l'article L. 231-2 du Code de la construction et de l'habitation ne fait pas obstacle à ce que le constructeur réclame, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, à un tiers fautif les frais d'études de sols qu'il ne peut réclamer au maître d'ouvrage (Cass. 3e civ., 12 mai 2004 et 20 janvier 2003).

### 2.2.6. Le CCMI et la sous-traitance

Le CCMI réunit deux interlocuteurs : le maître d'ouvrage (le particulier) et le constructeur (l'entrepreneur). Néanmoins, l'exécution des travaux est en pratique confiée à des entreprises sous-traitantes.

Dans le souci de préserver l'ensemble des intervenants à la construction d'une maison individuelle, le dispositif légal organise une protection des sous-traitants par deux moyens principaux :

- une clarification des relations contractuelles avec l'entrepreneur principal ;
- une obligation pour l'entrepreneur principal de justifier de la garantie des paiements dus aux sous-traitants.

#### *1. Les contrats de sous-traitance doivent être conclus par écrit, et ce, avant tout commencement d'exécution des travaux du sous-traitant*

Les contrats de sous-traitance sont communiqués au garant de l'entrepreneur principal.

Ces contrats mentionnent obligatoirement :

- la désignation de la construction, les nom et adresse du maître d'ouvrage et de l'établissement garant de l'entrepreneur principal ;
- la description des travaux sous-traités ;
- le prix convenu et, s'il y a lieu, les modalités de sa révision ;
- le délai d'exécution des travaux et le montant des pénalités de retard ;
- les modalités de règlement du prix, qui ne peut dépasser un délai de trente jours, à compter de la date du versement effectué par le maître d'ouvrage ou le prêteur au constructeur, en règlement de travaux comprenant ceux réalisés par le sous-traitant et acceptés par le constructeur ;
- le montant des pénalités dues par l'entrepreneur principal en cas de retard de paiement ;
- la justification de l'une ou l'autre des garanties de paiement prévues par la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, **ou de toute autre garantie, délivrée par un établissement de crédit ou une entreprise d'assurance, de nature à garantir le paiement des sommes dues au titre du sous-traité** (CCH, art. L. 231-13g).

#### *2. Les paiements des sous-traitants sont garantis :*

- soit par une caution personnelle et solidaire d'un établissement agréé à cet effet ;
- soit par une délégation de paiement qui lui permettra d'être payé directement par le maître d'ouvrage ;

- soit encore par toute autre garantie délivrée par un établissement de crédit ou une entreprise d'assurance de nature à garantir le paiement des sommes dues au sous-traitant.

Cette dernière forme de garantie permet aux constructeurs de maisons individuelles de remplacer les garanties prévues par la loi de 1975 (caution ou délégation de paiement) par d'autres mécanismes équivalents souscrits auprès d'une banque ou d'un assureur (exemple : assurance-crédit pour compte).

Avec ce contrat spécifique, le constructeur communique à l'assureur crédit la liste de ses sous-traitants et de l'encours dû à chacun d'eux (l'encours est le montant des factures émises par un sous-traitant et non encore réglées) ; l'assureur notifie à chaque sous-traitant une décision d'agrément.

#### *3. Sanctions en cas d'absence de garantie de paiement donné au sous-traitant*

Si le constructeur de maisons individuelles ne fournit pas de garantie de paiement à ses sous-traitants, il peut être soumis à des sanctions pénales :

> *Sera puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 18 000 €, ou de l'une de ces deux peines seulement, quiconque n'aura pas conclu par écrit un contrat de sous-traitance avant l'exécution des travaux de chacun des lots, ou aura conclu un contrat ne comportant pas la fourniture d'une garantie de paiement au sous-traitant* (CCH, art. L. 241-9).

### 2.2.7. La réception des travaux

#### *1. Quand s'effectue la réception ?*

Lorsque les travaux sont achevés, la réception est prononcée contradictoirement entre le constructeur et le maître d'ouvrage, et doit être constatée dans un procès-verbal écrit.

**En aucun cas, la réception ne peut être tacite**.

En cas de contrat de construction sans fourniture du plan, l'entrepreneur principal qui se charge du gros œuvre, hors d'eau et hors d'air, effectue la réception avec le maître d'ouvrage à l'achèvement de cette phase de travaux ; une réception est ensuite effectuée avec chaque corps de métier.

Lors de la réception, le maître d'ouvrage pourra se faire assister par un professionnel habilité (architecte, maître d'œuvre agréé en architecture, contrôleur technique) ou par tout autre professionnel de la construction titulaire d'un contrat d'assurance couvrant les responsabilités pour ce type de mission (ingénieur-conseil, bureau d'études techniques…).

Cette faculté d'assistance de l'acquéreur par un professionnel doit être mentionnée dans le CCMI.

#### *2. Les réserves éventuelles*

Si l'ouvrage est en parfait état, la réception est acceptée sans réserves et le maître d'ouvrage verse le solde du prix.

Si des vices apparents (absence de conformité, malfaçons) sont constatés, le maître d'ouvrage doit alors faire inscrire toutes les réserves dans le procès-verbal de réception et consigner le solde du prix sur un compte bloqué. Le solde du prix sera versé une fois constatée la levée des réserves.

*Important !*

En aucun cas, le constructeur ne peut subordonner la remise des clés au paiement intégral du prix et empêcher le maître d'ouvrage de consigner les sommes restant dues lorsque des réserves sont faites à la réception des travaux.

Après la réception avec ou sans réserves, **le maître d'ouvrage bénéficie d'un délai de huit jours pour dénoncer les vices apparents qu'il n'aurait pas signalés au moment de la réception**.

Cette dénonciation doit être adressée au constructeur par lettre recommandée avec accusé de réception dans les huit jours qui suivent la remise des clés consécutive à la réception. Le constructeur est alors tenu d'effectuer les travaux.

*Attention !*

La possibilité de dénoncer les vices de construction alors apparents dans les huit jours qui suivent la réception n'est admise que si le maître d'ouvrage ne s'est pas fait assister par un professionnel.

**La FFB a établi des modèles de contrat type** de construction de maisons individuelles (SEBTP, 6-14, rue La Pérouse, 75784 Paris Cedex 16. Tél. : 01 40 69 53 16).

## 2.3. Le contrat de promotion immobilière

Aux termes de l'article L. 222-3 du Code de la construction et de l'habitation, le contrat de promotion immobilière doit être constaté, avant le commencement de son exécution, par un écrit contenant les indications suivantes :

- situation et contenance du terrain sur lequel doit être édifié le bâtiment ;
- consistance et caractéristiques techniques du bâtiment à construire ;
- devis descriptif et conditions d'exécution technique des travaux ;
- prix convenu ainsi que limites et conditions dans lesquelles la révision du prix peut intervenir ;
- moyens et conditions de financement et modalités de règlement à mesure de l'avancement des travaux (CCH, art. R. 222-7) ;
- rémunération du promoteur pour ses peines, soins et débours (CCH, art. R. 222-8) ;
- délai dans lequel le bâtiment doit être édifié ;
- garantie apportée par le promoteur pour la bonne exécution de sa mission.

Il est recommandé au promoteur de prévoir dans le prix un poste pour imprévu.

### 2.3.1. Forme notariée

Le législateur semble avoir incité, il est vrai de manière indirecte, l'utilisation de la forme notariée pour le contrat de promotion immobilière par deux dispositions :

- d'une part, par l'article L. 221-6 du Code de la construction et de l'habitation, qui dispose que « *le contrat de promotion immobilière est réputé emporter restriction au droit de disposer au sens et pour l'application de l'article 28-2 du décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière* » ;
- d'autre part, par l'article 1831-3 du Code civil (CCH, art. L. 221-3, quatrième alinéa) qui énonce que « *le contrat de promotion immobilière n'est opposable aux tiers qu'à partir de la date de sa mention au fichier immobilier* ».

La publication du contrat de promotion immobilière au fichier immobilier impose donc :

- l'établissement de cet acte sous la forme notariée ou d'un acte sous seing privé déposé au rang des minutes d'un notaire ;
- et d'y faire figurer les obligations très minutieuses imposées par les articles 5, 6 et 7 du décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 (*JO* du 7 janvier) relatifs à la désignation des parties de l'immeuble.

**Mais rien dans le texte de la loi n° 71-579 du 16 juillet 1971, ni dans les textes subséquents, ne semble imposer la forme notariée à peine de nullité**.

### 2.3.2. Faculté de rétractation

Lorsque le contrat de promotion revêt la forme d'un acte sous seing privé, les dispositions de l'article 20 de la loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles lui sont applicables.

Cet article prévoit la faculté de rétractation pendant sept jours, durant lesquels l'acquéreur a la possibilité de rétracter son engagement. Cette disposition n'est pas applicable au contrat d'études préliminaires.

L'acte doit être adressé à l'acquéreur par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Le délai de rétractation court à compter de sa réception par l'acquéreur, qui peut alors exercer sa faculté par lettre recommandée avec demande d'avis de réception adressée au promoteur avant l'expiration du septième jour suivant.

## 2.4. En résumé

**Qui est le maître d'ouvrage ?**

| | VEFA | VIR | Marché de travaux | CPI | CCMI |
|---|---|---|---|---|---|
| Vendeur | x* | x* | | | |
| Client-donneur d'ordre | | | x | | |
| Promoteur | | | | x | |
| Accédant à la propriété de la maison | | | | | x |

* *Jusqu*'à la réception des travaux.

**Quel type de contrat** ?

| | VEFA | VIR | Marché de travaux | CPI | CCMI |
|---|---|---|---|---|---|
| Vente | x | x | | | |
| Louage d'ouvrage | | | x | x | x |

### Qui est propriétaire du terrain avant la signature du contrat ?

| | VEFA * | VIR | CPI | CCMI | Marché de travaux ** |
|---|---|---|---|---|---|
| Vendeur | x | x | | | |
| Promoteur | | | x | | |
| Accédant à la propriété de la maison | | | | x | |

* Le vendeur ne fournit pas le plan s'il s'agit d'une maison individuelle.

** La question relative à la propriété du terrain ne se pose pas pour les marchés de travaux : un locataire, un usufruitier, un mandataire, un contractant général, un entrepreneur principal… peuvent conclure un marché de travaux.

### La réglementation

| | |
|---|---|
| Vente d'immeuble à construire<br><br>VEFA | L. 261-1 à L. 261-22 du CCH = loi du 3 janvier 1967 (également reproduite aux articles 1601-1 et suivants du Code civil)<br>R. 261-1 et suivants du CCH = décret du 22 décembre 1967 et décret du 27 septembre 2010 modifié |
| VIR | L. 262-1 et suivants du CCH = loi du 13 juillet 2006 (art. 80) (portant engagement national pour le logement)<br>R. 262-1 et suivants du CCH = décret du 16 décembre 2008 |
| CCMI<br>avec fourniture de plan | L. 231-1 et suivants du CCH |
| CCMI<br>sans fourniture de plan | L. 232-1 et suivants du CCH |
| CPI | L. 221-1 et suivants du CCH (reproduit également aux articles 1831-1 et suivants du Code civil) |

6

# Les contrats du secteur public

Avant d'envisager les divers contrats administratifs, il convient de présenter la notion la plus importante, celle de contrat administratif.

## 1. Le contrat administratif

Les contrats de l'Administration se divisent en deux catégories essentielles : les contrats privés de l'Administration et les contrats administratifs. Ce clivage est fondamental parce qu'il détermine la compétence du juge administratif et entraîne l'application d'un régime juridique spécial. Dans ce chapitre, nous n'étudierons que les contrats administratifs.

### 1.1. C'est la loi ou la jurisprudence qui qualifient un contrat de contrat administratif

La qualification de certains contrats est déterminée par la loi, mais, le plus souvent, c'est la jurisprudence qui fixe les critères du contrat administratif.

#### 1.1.1. Contrats administratifs par détermination de la loi

Certains contrats de l'Administration sont toujours des contrats administratifs parce que le législateur l'a voulu.

- **La catégorie la plus importante de contrats administratifs par détermination de la loi est celle des marchés de travaux publics**. L'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII entraîne l'application du droit administratif des contrats et la compétence du juge administratif.
- **Cet article a été interprété de manière extensive**, de sorte que les contrats autres que des marchés sont administratifs par détermination de la loi s'ils concernent des travaux publics. C'est ainsi que sont des contrats administratifs les contrats de transport de matériaux

destinés à des travaux publics, les contrats de garde de matériel ou certains contrats financiers tels les cautionnements s'ils sont liés à un prêt consenti pour des travaux publics.

- Sont aussi administratifs par détermination de la loi **les contrats portant occupation du domaine public**, même lorsque les deux cocontractants sont des personnes privées. On citera aussi les ventes d'immeubles de l'État, encore que les conséquences du caractère administratif semblent se limiter à la compétence du juge administratif et ne portent pas sur le fond du droit.
- Également administratifs par détermination de la loi, **les contrats de partenariat** (ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004).

Mais en dehors des quelques cas de détermination légale, c'est la jurisprudence qui a déterminé les éléments d'identification du contrat administratif. Il y a, en réalité, deux séries de critères : organiques et matériels.

### 1.1.2. Critères jurisprudentiels du contrat administratif

**La première condition** pour qu'un contrat soit administratif est qu'au moins un des deux contractants soit une personne publique.

Un contrat entre deux particuliers ou deux personnes privées n'est jamais un contrat administratif, à moins que l'une des personnes privées n'agisse « pour le compte » d'une personne publique et soit son mandataire.

Tous les contrats passés par des personnes publiques ne sont cependant pas des contrats administratifs. Il faut, en outre, un critère supplémentaire, de type fonctionnel ou matériel. Deux critères, ou plutôt deux familles de critères, existent. Ce sont des critères alternatifs. Un seul suffit, si bien entendu le critère organique est rempli, pour que le contrat soit administratif, mais il est fréquent de trouver les deux simultanément.

**La deuxième condition** pour qu'un contrat soit administratif est **que l'une ou l'autre des deux conditions suivantes soit réalisée**, à savoir :

- **Le contrat a pour objet l'exécution du service public**. C'est le critère le plus ancien, et actuellement le plus important dans la jurisprudence.
  Selon la jurisprudence du service public, sont administratifs les contrats qui confient au cocontractant l'exécution même du service public ou qui le font participer directement à l'exécution du service public.
- **Le contrat porte des clauses exorbitantes du droit commun**.
  La notion de clauses exorbitantes englobe d'ailleurs aussi bien des clauses qui seraient nulles en droit privé que des clauses peu fréquentes.
  On entend par « clauses exorbitantes » les clauses mettant en œuvre des prérogatives de puissance publique (exemple : le pouvoir de sanction), une clause inhabituelle dans des conventions entre particuliers (ex. : la fixation des prix par l'Administration), une clause inspirée par le souci manifeste d'intérêt général ou une référence à un cahier des charges.

## 1.2. Un contrat administratif implique des prérogatives et des droits

L'Administration va bénéficier de certaines prérogatives qui trouvent leur fondement dans les nécessités des services publics, mais le cocontractant bénéficie en contrepartie de garanties financières, quel que soit l'usage que l'Administration aura fait de ses prérogatives.

### 1.2.1. Les prérogatives de l'Administration

L'Administration détient les prérogatives suivantes, que le contrat les prévoie ou non (elle ne peut y renoncer) :

- le pouvoir de contrôle et de direction des opérations d'exécution ;
- **le pouvoir de modifier unilatéralement le contrat à condition cependant que les nécessités du service public l'exigent**, que les modifications n'excèdent pas certaines limites, et que l'équilibre financier du contrat soit respecté ;
- **le pouvoir de sanction** en cas de faute dans l'exécution et à condition qu'il y ait eu une mise en demeure préalable. Ce pouvoir existe de plein droit et de façon unilatérale. Il s'agit soit de sanctions pécuniaires (dommages-intérêts, pénalités) soit de sanctions coercitives variables suivant les types de contrats : mise sous séquestre (concessions), mise en régie (travaux publics), exécution temporaire et achat par défaut (fournitures) ;
- **le droit de résiliation unilatérale et discrétionnaire**, le cocontractant ayant seulement droit à l'indemnisation.

### 1.2.2. Les droits du cocontractant

Le cocontractant a droit au paiement du prix et au rétablissement de l'équilibre financier au cas où celui-ci menacerait d'être rompu.

- Droit au paiement du prix fixé initialement. Ce prix, ou « tarif » dans la concession de service public, ne peut être modifié unilatéralement par l'Administration.
- Droit au rétablissement de l'équilibre financier en cas de prestations nouvelles imposées par l'Administration ou de survenance de faits imprévus.

#### *1. La théorie du fait du prince*

Cette théorie jurisprudentielle est utilisée lorsque des mesures prises par l'Administration causent un préjudice au cocontractant. Dans ce cas, une indemnisation est possible dans certaines hypothèses :

- lorsque l'Administration cocontractante use de son pouvoir de modification unilatérale ;
- lorsque l'Administration cocontractante prend une mesure générale aggravant les charges du cocontractant, à condition que cette mesure ait une répercussion sur l'un des éléments essentiels du contrat.

La théorie ne joue pas lorsque la mesure émane d'une personne publique autre que l'Administration cocontractante. Lorsque la théorie joue, l'indemnisation est alors intégrale. La théorie du fait du prince, très intéressante pour le cocontractant, est toutefois en recul aujourd'hui.

### *2. La théorie de l'imprévision*

Elle constitue l'une des théories traditionnelles les plus intéressantes du droit administratif, car elle s'inspire de l'idée de la continuité du service public (même en cas de difficultés financières).

Cette théorie est née pendant la Première Guerre mondiale, période qui a constitué le début des déséquilibres économiques, financiers et monétaires.

Il y a application de la théorie de l'imprévision en cas de survenance de faits nouveaux, étrangers à la volonté des parties, entraînant un bouleversement des conditions économiques d'exécution du contrat. En droit privé, la survenance de ces faits est sans effet sur les obligations nées du contrat : en droit public, le juge admet une possibilité d'indemnisation dans certaines conditions (CE, 24 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, p. 125 ; l'augmentation considérable du prix du charbon nécessaire à la fabrication du gaz par le concessionnaire oblige l'Administration à aider pécuniairement le concessionnaire).

**Conditions** : événement indépendant de la volonté des parties, imprévisible (guerre, crise économique grave, dévaluation monétaire), entraînant un véritable bouleversement du contrat et non pas un simple manque à gagner (dans l'arrêt gaz de Bordeaux, le Conseil d'État fait allusion à « une augmentation qui déjouait tous les calculs »).

**Effets** : si le cocontractant doit poursuivre l'exécution du contrat, il a droit, de la part de l'Administration cocontractante, à une indemnité d'imprévision, fixée sous le contrôle du juge, et qui couvrira une partie du déficit qu'il a subi. L'état d'imprévision, toujours temporaire, prendra fin soit par le rétablissement de l'équilibre du contrat, soit par sa résiliation (CE, 1932, Compagnie des tramways de Cherbourg, p. 1050).

La théorie de l'imprévision s'applique moins fréquemment aujourd'hui dans la mesure où de très nombreux contrats passés par l'Administration contiennent des clauses de révision des prix ; mais la théorie s'appliquera encore lorsque ces clauses s'avéreront insuffisantes ou lorsqu'elles seront absentes.

**Deux circulaires administratives traitent de l'imprévision** :

- circulaire du Premier ministre et du ministre de l'Économie et des Finances du 20 novembre 1974 relative à l'indemnisation des titulaires de marchés publics en cas d'accroissement imprévisible de leurs charges économiques (*JO* du 30 novembre 1974) ;
- circulaire du ministère de l'Équipement du 18 mai 2004 à mesdames et messieurs les préfets de région et de département : « Hausse de l'acier ».

**Peut-on faire jouer la théorie de l'imprévision lorsque le marché est conclu à prix révisable ?**

**Oui**, mais uniquement dans le cas où, même après l'application de la révision, l'économie du contrat est toujours bouleversée (CAA Nancy, 8 avril 2013, Constructions métalliques savoyardes).

La circulaire interministérielle du 20 novembre 1974, actualisée par la circulaire du 18 mai 2004, présente les conditions du déclenchement et de la mise en œuvre de la théorie de l'imprévision. Elle précise qu'il n'y a pas lieu de recourir à la théorie de l'imprévision si le marché comporte un mécanisme de rajustement des prix en fonction de la conjoncture économique. Tel est le cas lorsque le marché comporte une clause de révision. **Toutefois**, l'octroi d'une indemnité peut être admis dans la mesure où, même après l'application des

clauses contractuelles de révision, l'économie du contrat apparaît bouleversée (§ 3.3 de la circulaire de 1974).

En ce qui concerne les marchés à prix révisable, lorsque la formule de révision n'a pas permis de mettre l'entrepreneur à l'abri des aléas économiques et n'a pas permis d'éviter un bouleversement de l'économie du contrat, **il convient de tenir compte de la différence entre l'évolution réelle des coûts et celle résultant de l'application de la formule de révision**.

**Modalités pratiques de l'octroi d'une indemnité en cas d'imprévision**

Le maître d'ouvrage public ne peut prendre en compte que les demandes formulées dans les conditions et les délais prévus par les cahiers des clauses administratives générales et/ou particulières. Il y a donc lieu de respecter le formalisme relatif à la réclamation inscrit dans ces documents, étant entendu toutefois que **la demande d'indemnité sera présentée obligatoirement au maître d'ouvrage, seul qualifié pour prendre une décision dans le cadre d'un règlement amiable**.

Trois éléments doivent être simultanément réunis pour que la théorie de l'imprévision puisse s'appliquer :

- **imprévisibilité de l'événement** : l'entrepreneur doit apporter les preuves des hausses enregistrées sur les aciers ;
- **caractère extérieur de l'événement** : cette condition est nécessairement remplie en l'espèce, puisque la hausse du prix des aciers ne provient pas du titulaire du marché ;
- **charges supplémentaires non prévues lors de la conclusion du contrat** : l'entrepreneur doit apporter les justifications du préjudice subi en démontrant que les consommations réelles, les quantités de produits sidérurgiques mises en œuvre pour la durée totale du marché, ont entraîné un surcoût des charges d'environ 10 % du montant initial du marché.

**C'est au titulaire du marché qu'il appartient de prouver que son contrat a été bouleversé** et d'apporter les justifications de nature à établir le montant de la surcharge qu'il a supportée. Cela suppose que l'entrepreneur soit en mesure de justifier, d'une part, son prix de revient et, par conséquent, sa marge bénéficiaire au moment où il a remis son offre ainsi que, d'autre part, ses débours au cours de l'exécution du marché.

En ce qui concerne les marchés à prix révisable, lorsque la formule de révision n'a pas permis de mettre l'entrepreneur à l'abri des aléas économiques et n'a pas permis d'éviter un bouleversement de l'économie du contrat, **il convient de tenir compte de la différence entre l'évolution réelle des coûts et celle résultant de l'application de la formule de révision**.

L'indemnité est versée après exécution du marché, puisque l'incidence de la hausse imprévisible (exemple : acier, cuivre, zinc…) doit être évaluée par rapport aux résultats d'ensemble du contrat.

**Toutefois, l'entrepreneur peut demander une provision sur indemnité**. Cette provision, apurable en fin de marché, ne peut excéder 70 % des charges extra-contractuelles d'ores et déjà supportées. L'entrepreneur aura soin de rappeler, dans sa demande de provision, que :

- le bouleversement de l'économie du contrat est d'une ampleur telle qu'il peut être considéré comme irréversible et que, dans ces conditions, une indemnité sera de toute évidence attribuée en fin d'exécution du marché ;
- la situation de l'entreprise le justifie.

**L'octroi de cette provision est soumis à la conclusion d'un avenant** qui fait référence au marché, indique le montant de la provision sur indemnité, reproduit les bases et les modalités du calcul qui a permis de l'établir, mentionne qu'elle a été accordée en application de la théorie de l'imprévision, et précise, en outre, que les sommes allouées ne constituent qu'une provision dont le titulaire reste débiteur jusqu'à la liquidation de l'indemnité d'imprévision qui sera définitivement fixée, elle aussi par avenant (cf. *infra*).

La demande de l'entrepreneur d'une provision sur indemnité permet, en outre, de régler la difficulté relative au fait que les valeurs des index sont connues avec un décalage dans le temps, puisque l'apuration des comptes se fera lors du paiement du solde du marché et ce dans les conditions de l'article 13.42 du CCAG Travaux, si celui-ci est contractuel.

L'octroi de **l'indemnité définitive** d'imprévision donne lieu à la conclusion **d'un avenant**. Ce document :

- fait référence au marché ;
- indique le montant de l'indemnité octroyée et, **le cas échéant, celui des provisions sur indemnités déjà allouées** ;
- reproduit les bases et les modalités du calcul qui a permis de l'établir ;
- précise qu'elle a été accordée en application de la théorie de l'imprévision ;
- contient une clause par laquelle le titulaire renonce, pour ce marché, à toute demande ultérieure fondée sur cette théorie.

#### *3. La théorie des sujétions imprévues*

Il s'agit d'une théorie spécifique aux marchés de travaux publics, que l'on ne rencontre pas dans les autres contrats administratifs. Pour que la théorie des sujétions imprévues soit recevable, les conditions énumérées ci-dessous doivent être réunies.

Les sujétions techniques doivent :

- bouleverser l'économie du marché ;
- être imprévisibles lors de la conclusion du contrat ;
- être extérieures à la volonté des parties ;

C'est ce que rappelle le Conseil d'État dans un arrêt du 30 juillet 2003 (commune de Lens) : « […] *sauf en cas de sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, avenants et décisions de poursuivre ne peuvent bouleverser l'économie du marché ni en changer l'objet ;* ***ne peuvent être regardées comme des sujétions techniques imprévues****, au sens de ces dispositions,* ***que des difficultés rencontrées lors de l'exécution d'un marché, présentant un caractère exceptionnel, imprévisibles lors de la conclusion du contrat, et dont la cause est extérieure aux parties***. »

Le champ d'élection favori de la théorie des sujétions imprévues concerne les risques du sol.

Elle s'applique lorsque des difficultés techniques imprévues présentant un caractère exceptionnel et imprévisible surviennent.

Elle ne s'applique pas pour des travaux supplémentaires, mais pour des difficultés de réalisation de travaux prévus.

Il est nécessaire que le surcoût soit tel que l'ampleur des travaux n'ait pu être prévue par la commune intention des parties. Naturellement, le caractère imprévisible est apprécié plus

sévèrement lorsque le marché est au forfait que lorsqu'il est à prix unitaire. Dans le cas du forfait, les sujétions imprévues doivent avoir bouleversé l'économie du contrat.

L'obligation d'information par le maître d'ouvrage joue un rôle important dans l'application de cette théorie, puisqu'elle détermine la prévisibilité des sujétions.

Ainsi, n'a pas droit à l'indemnité une entreprise qui avait été exactement informée avant la signature du marché de la nature des terrains et qui, ayant reçu certaines indications, n'a pas pris ses dispositions pour les compléter.

À l'inverse, est condamnée l'Administration qui avait omis de fournir une étude géologique dont elle disposait, ou celle qui n'avait pas permis à son cocontractant de procéder aux études nécessaires et ne lui avait donné aucune information.

La jurisprudence récente paraît plus favorable aux entrepreneurs en exigeant que l'entrepreneur ait réellement eu la possibilité d'étudier les difficultés du terrain et ne se contente plus, pour écarter la théorie des sujétions imprévues, des clauses de style des contrats.

Les clauses stipulant que le prix s'appliquera quelle que soit la nature du terrain ne font pas obstacle à l'application de la théorie des sujétions imprévues.

La théorie des sujétions imprévues est d'ailleurs contractualisée par l'article 10.1 du CCAG Travaux, qui stipule que les prix « *sont réputés tenir compte de toutes les sujétions d'exécution des travaux qui sont normalement prévisibles dans les conditions de temps et de lieu où s'exécutent ces travaux* ».

Cette théorie permet une indemnisation intégrale du surcoût.

# 2. Les principaux contrats administratifs

## 2.1. Le marché

Un marché public est un contrat qui doit répondre aux besoins de l'Administration en matière de fournitures, services et travaux.

Par opposition à d'autres contrats, le marché se distingue par le fait que le cocontractant est rémunéré par un prix payé par le maître d'ouvrage et une faible prise de risque par l'entrepreneur.

L'objet du marché est un élément fondamental qui doit être précisément défini en vue de répondre à un besoin de la personne publique.

La notion de marché est développée dans la troisième partie du présent ouvrage.

## 2.2. La délégation de service public

La loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001, dite loi Murcef, définit la délégation de service public comme « *un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé,* ***dont la rémunération est substantiellement liée au résultat de l'exploitation du service****. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service*. »

**Trois éléments cumulatifs permettent d'identifier une délégation de service public** :

- l'instrument juridique : une convention entre une personne publique et une entreprise ;
- l'objet de la convention : l'exploitation d'un service public ;
- l'élément financier : une rémunération substantiellement liée aux résultats de l'exploitation.

**L'élément financier constitue le critère essentiel de distinction du marché public et de la délégation de service public.** Le caractère onéreux d'un marché public réside soit dans le versement d'une somme d'argent par l'acheteur public, soit dans la rétribution par d'autres formes de contreparties (contreparties en nature, exonérations de charges, autorisations de percevoir des recettes auprès de tiers, etc.). À cet égard, l'origine des recettes perçues par le prestataire (redevances versées par l'usager ou paiement d'une somme par la collectivité) est en elle-même sans incidence sur la qualification de marché public ou de délégation de service public (CE, 26 septembre 2012, GIE « Groupement des poursuites extérieures »).

**Dans le cadre d'une délégation de service public, la rémunération du délégataire est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service**. Un tel lien est reconnu dès lors que le contrat fait peser sur le cocontractant de la personne publique une part significative du risque d'exploitation. Le critère du risque est un élément intrinsèque du critère financier (CE, 7 novembre 2008, Département de la Vendée).

## 2.3. Les concessions de travaux publics

Les concessions de travaux publics sont régies par l'ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009. Ce sont : « *des contrats administratifs dont l'objet est de faire réaliser tous travaux de bâtiment ou de génie civil par un concessionnaire dont la rémunération consiste soit dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix* » (art. 1er).

**La distinction entre concession de travaux publics et marché public réside dans la contrepartie de la prestation**. Le marché de travaux comporte une contrepartie qui est payée directement par le pouvoir adjudicateur au titulaire. Dans la concession de travaux publics, la contrepartie de la prestation consiste dans le droit d'exploiter l'ouvrage réalisé, soit seul, soit assorti d'un prix.

Ce mode de rémunération implique, de la même façon que pour les délégations de service public, que le concessionnaire prenne en charge le risque lié à l'exploitation de l'ouvrage en question. Si le pouvoir adjudicateur continue à supporter l'intégralité du risque, en n'exposant pas le prestataire aux aléas du marché, l'opération constitue un marché de travaux (CJCE, 13 novembre 2008, Commission des Communautés européennes contre République italienne, aff. C-437/07).

Par ailleurs, si le pouvoir adjudicateur confie au prestataire à la fois la conception et la construction de l'ouvrage ainsi que son exploitation, la convention est qualifiée de « concession de travaux » si son objet principal est la réalisation des travaux (CE, avis, 2 juin 2011, n° 385183 ; CAA Nancy, 30 septembre 2013, France Télécom).

**Le concessionnaire de travaux publics assure la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser**.

Le décret n° 2010-406 du 26 avril 2010 relatif aux contrats de concession de travaux publics et portant diverses dispositions en matière de commande publique prévoit les mesures d'application de l'ordonnance du 15 juillet 2009.

## 2.4. Le bail emphytéotique administratif (BEA)

Le BEA permet à une collectivité publique de concéder un terrain à un tiers qui pourra y construire un ouvrage, lequel deviendra, à l'issue du bail, propriété de la collectivité.

### 2.4.1. Les textes

L'article L. 2122-20 du Code général de la propriété des personnes publiques précise que « *les collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements publics peuvent* » :

- **soit** conclure sur leur domaine public un BEA dans les conditions déterminées par les articles **L. 1311-2** à L. 1311-4-1 du Code général des collectivités territoriales ;
- **soit** délivrer des autorisations d'occupation constitutives de droit réel (AOT) dans les conditions déterminées par les articles **L. 1311-5** à L. 1311-8 du Code général des collectivités territoriales (cf. *infra*).

En droit privé, le bail emphytéotique est régi par les articles L. 251-1 à 9 et R. 251-1 à 3 du Code de la construction et de l'habitation.

Il est régi en droit administratif par les articles L. 1311-2 et suivants du Code général des collectivités territoriales.

### 2.4.2. Définition du BEA

Le bail emphytéotique est un contrat, régi par l'article L. 451-1 du Code rural, aux termes duquel le bail emphytéotique de biens immeubles confère au preneur un droit réel susceptible d'hypothèque. Ce droit peut être cédé et saisi dans les formes prescrites pour la saisie immobilière. Ce bail doit être consenti pour plus de dix-huit années et ne peut pas dépasser quatre-vingt-dix-neuf ans ; il ne peut se prolonger par tacite reconduction.

La différence entre le bail emphytéotique et le marché public découle de la maîtrise d'ouvrage des travaux qui, dans le cadre d'un tel bail, incombe à l'emphytéote et non pas à la personne publique (CE, sect., 25 février 1994, SA Sofap Marignan Immobilier ; CE, avis, 31 janvier 1995, n° 356960 ; CE, 16 février 2005, Commune d'Hyères : CAA Versailles, 6 novembre 2014, Madame B. et autres, n° 12VE03392).

Les collectivités publiques peuvent conclure un bail emphytéotique administratif sur leur domaine privé.

Le recours à ce type de contrat a également été autorisé par le législateur sur les dépendances du domaine public afin de favoriser le financement privé d'ouvrages publics. Le bail emphytéotique administratif permet ainsi à une collectivité publique de concéder un terrain à un tiers qui pourra y construire un ouvrage, lequel deviendra, à l'issue du bail, propriété de la collectivité.

### 2.4.3. Conditions de recours au BEA pour les collectivités territoriales

En vertu de l'article L. 1311-2 du Code général des collectivités territoriales, les collectivités territoriales peuvent y recourir :

- soit en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de leur compétence (CE, 19 novembre 2013, Société nationale immobilière) ;

- soit en vue de l'accomplissement, pour leur propre compte, d'une mission de service public ;
- soit en vue de l'affectation à une association cultuelle d'un édifice du culte ouvert au public ;
- soit en vue de la réalisation d'enceintes sportives et des équipements connexes nécessaires à leur implantation ;
- soit en vue de la restauration, de la réparation, de l'entretien-maintenance ou de la mise en valeur d'un bien immobilier, pourvu que ce bien ne constitue pas un édifice du culte ouvert au public affecté à une association.

Le dernier alinéa de l'article L. 1311-2 précise que, le cas échéant, la passation d'un BEA sera précédée d'une publicité et d'une mise en concurrence préalable et qu'un décret en Conseil d'État en précisera les modalités (cf. décret n° 2011-2065 du 30 décembre 2011 relatif aux règles de passation des baux emphytéotiques administratifs).

### 2.4.4. Conditions du recours au BEA pour les établissements publics de santé

L'article L. 6148-2 du Code de la santé publique précise que le BEA permet à un établissement public de santé ou à une structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique, propriétaire d'un bien immobilier, de le louer :

- soit en vue de l'accomplissement, pour le compte de l'établissement ou de la structure, d'une mission concourant à l'exercice du service public, dont ils sont chargés ;
- soit en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de leur compétence ;
- soit en vue de la réalisation d'une opération répondant aux besoins d'un autre établissement public de santé, avec lequel ils conduisent une action de coopération.

Les baux emphytéotiques hospitaliers sont des BEA soumis à des obligations spécifiques quant à leur contenu et à leur mode de passation (Code de la santé publique, art. L. 6148-5 à L. 6148-5-3).

### 2.4.5. Conditions du recours au BEA pour l'État et certains de ses établissements publics

L'article L. 2341-1 du Code général de la propriété des personnes publiques permet à l'État et aux chambres de commerce et de l'industrie, aux chambres des métiers et de l'artisanat et aux chambres de l'agriculture de recourir au BEA pour restaurer, réparer ou mettre en valeur leurs biens immobiliers (« BEA Valorisation »).

Enfin, l'article 7-I de la loi n° 2009-179 du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés permet à l'État et, sous réserve de leur spécialité, à ses établissements publics, de recourir au BEA sur leur domaine public, en vue de la réalisation de logements sociaux (« BEA Logements sociaux »).

Dans tous les cas, le cocontractant de la personne publique assure la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser.

## 2.5. Le contrat de partenariat

Le contrat de partenariat est régi par l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 modifiée, pour l'État et ses établissements publics, reprise par le Code général des collectivités territoriales pour les collectivités territoriales et les établissements publics locaux (articles L. 1414-1 à L. 1414-16 du Code général des collectivités territoriales).

Ce contrat se définit comme un contrat administratif, par lequel un pouvoir adjudicateur « *confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale ayant pour objet le financement, la construction ou transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'*équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public ». Il peut avoir également pour objet « *tout ou partie de la conception de ces ouvrages, équipements ou biens immatériels ainsi que des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée* » (I de l'article 1er de l'ordonnance).

Le contrat de partenariat autorise une rémunération du cocontractant pendant toute la durée du contrat. Cette rémunération n'est pas liée à l'exploitation de l'ouvrage. La rémunération peut être liée à des objectifs de performance assignés au cocontractant. Les coûts d'investissement sont ainsi lissés, au bénéfice du pouvoir adjudicateur.

Au terme du contrat, le pouvoir adjudicateur acquiert la propriété du bien (CE, 5 février 2014, Société Équalia et Polyxo).

**Le cocontractant de la personne publique assure la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser**.

**Au sens du droit de l'Union européenne, le contrat de partenariat est un marché public** dès lors que les directives marchés ne font pas de la maîtrise d'ouvrage un critère de qualification du contrat et que le titulaire du contrat est rémunéré, durant toute la durée du contrat, par un prix versé par l'administration.

## 2.6. L'autorisation d'occupation temporaire (AOT)

L'**État et ses établissements publics (articles L.** 2122-6 et suivants du Code général de la propriété des personnes publiques), ainsi que les collectivités territoriales, leurs établissements et leurs groupements (art. L. 1311-5 et suivants du Code général des collectivités territoriales), peuvent délivrer sur leur domaine public des autorisations d'occupation temporaire, permettant d'accorder à des tiers des droits réels, afin que ces derniers construisent un ouvrage qu'ils exploitent ou qu'ils louent à la collectivité.

**Pour les collectivités territoriales**, le recours aux AOT n'est possible qu'en vue de l'accomplissement d'une mission de service ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général.

**Pour l'État et ses établissements publics**, le droit réel est limité aux ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier qu'il réalise pour l'exercice d'une activité autorisée par le titre d'occupation.

### 2.6.1. Requalification dans certains cas de l'AOT en marché public

Si l'objet principal d'un contrat n'est pas d'occuper le domaine public pour l'exercice d'une mission de service public ou une opération d'intérêt général, mais de satisfaire un besoin de la personne publique et qu'il comporte un caractère onéreux, le juge pourra le requalifier en marché public soumis à des règles de publicité et de mise en concurrence ou en délégation de service public (CE, 3 juin 2009, Commune de Saint-Germain-en-Laye **;** CE, 19 janvier 2011, Chambre de commerce et d'industrie de Pointe-à-Pitre).

**À l'inverse**, un contrat ayant pour objet d'autoriser l'occupation du domaine public par une association ne traduit pas nécessairement l'organisation d'un service public par la personne publique et n'est donc pas considéré comme un contrat de la commande publique, mais comme un contrat d'occupation du domaine public (CE, 3 décembre 2010, Ville de Paris et association Paris Jean-Bouin).

**De même**, un contrat ayant pour objet l'installation et l'exploitation de colonnes et de mâts porte-affiches sur le domaine public n'est pas qualifiable de marché public dès lors qu'il ne concerne pas des activités menées par les services municipaux ni exercées pour leur compte et bien qu'il se rattache à un intérêt général s'attachant pour la commune, gestionnaire du domaine, à la promotion des activités culturelles sur son territoire. **À** cet égard, la seule circonstance que l'occupant exerce une activité économique sur le domaine public ne caractérise pas un abandon de recettes (CE, 15 mai 2013, Ville de Paris).

Enfin, un contrat autorisant, à titre exclusif et en contrepartie d'une redevance, une activité de régie publicitaire sur le domaine public, dont le cocontractant définit lui-même la teneur et l'**étendue, ne répond pas à un besoin de la personne publique et est donc qualifié de concession d**'occupation domaniale et non de marché public, dès lors que la mise à disposition des supports d'affichage au profit de la collectivité ne répond qu'**à un contrôle de l**'occupation de la dépendance domaniale (CE, 3 décembre 2014, **É**tablissement public Tisséo).

### 2.6.2. Démolition

**À l**'issue de la période d'occupation autorisée, les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier existant sur la dépendance domaniale occupée doivent être démolis, soit par le titulaire de l'autorisation soit à ses frais, à moins que leur maintien en l'**état n**'ait été prévu expressément par le titre d'occupation ou que l'autorité compétente ne renonce en tout ou partie à leur démolition.

Les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier dont le maintien à l'issue du titre d'occupation a été accepté, deviennent de plein droit et gratuitement la propriété de la collectivité (CE, 27 février 2013, Ministre du Budget, des Comptes publics, de la Fonction publique et de la R**éforme de l**'État).

**Pour les besoins de la justice, de la police nationale, de la gendarmerie, des armées ou des services du ministère de la Défense**, l'article L. 2122-15 du Code général de la propriété des personnes publiques permet à l'**État de prendre à bail l**'ouvrage construit par l'occupant et, le cas échéant, de lever une option lui permettant d'acquérir, avant le terme fixé par l'autorisation d'occupation, les ouvrages édifiés (AOT/LOA). Dans ce cas, le bail comporte des clauses permettant de préserver les exigences du service public.

**Le cocontractant de la personne publique assure la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser**.

## 2.7. Les contrats de la loi MOP

Les contrats de la loi MOP ne sont pas nécessairement des contrats administratifs, puisqu'ils peuvent être conclus entre personnes privées exclusivement (organismes privés d'HLM, SEM ou organismes de sécurité sociale). Mais la plupart répondent au critère organique, et leur lien avec les travaux publics est suffisant pour que l'on puisse les considérer comme administratifs.

### 2.7.1. Le mandat de maîtrise d'ouvrage (cf. première partie, chapitre 1)

Les articles 3 à 5 de la loi MOP définissent un contrat appelé généralement « mandat de maîtrise d'ouvrage ». Pour les ouvrages soumis à la loi MOP, ce contrat est le seul mandat possible. Il peut être passé avec une personne publique ou privée (art. 4 de la loi MOP modifiée par l'ordonnance n° 2004-566 du 17 juin2004).

Sur le plan de la forme, le contrat est également réglementé, à peine de nullité (art. 5). Il doit notamment comporter la définition de l'ouvrage, les missions confiées, le mode de financement, les modalités de contrôle et d'approbation par le maître d'ouvrage initial, la rémunération et les sanctions éventuelles à l'égard du mandataire ainsi que les conditions d'action en justice.

Quant à son objet, le mandat de maîtrise d'ouvrage est également étroitement réglementé. L'article 3 énumère les missions qui peuvent être confiées au mandataire. Ce sont la définition des conditions administratives et techniques d'étude et d'exécution de l'ouvrage, la préparation du choix des maîtres d'œuvre et entrepreneurs (mais le choix doit être approuvé par le maître d'ouvrage initial), la signature, la gestion et le paiement de ces contrats, la réception de l'ouvrage ainsi que « les actes afférents à ces attributions ». En dehors de ces missions, toute délégation est illégale.

Sur le plan de la responsabilité, l'article 4 exclut formellement que le mandataire puisse être tenu d'autres obligations que celles dont il a personnellement la charge. Il ne peut donc être garant des locateurs d'ouvrage.

### 2.7.2. Le contrat de conduite d'opération (cf. première partie, chapitre 1)

La loi MOP définit un deuxième contrat, qui n'est pas un mandat mais sans doute un contrat de prestation de services, peut-être un louage d'ouvrage. Aux termes de l'article 6, « *le maître de l'ouvrage peut recourir à l'intervention d'un conducteur d'opération pour une assistance générale à caractère administratif, financier et technique* ». Ces contrats de conduite d'opération peuvent être passés avec une personne publique ou privée (article 6 de la loi MOP modifiée par l'ordonnance n° 2004-556 du 17 juin 2004).

## 2.8. La vente en état futur d'achèvement (VEFA)

La VEFA est un contrat par lequel un tiers construit un ouvrage dont il revend une partie à l'Administration au fur et à mesure de la construction de cet ouvrage (art. 1601-3 du Code civil). Le vendeur conserve les pouvoirs de maître de l'ouvrage jusqu'à la réception des travaux.

Ainsi, lorsque la VEFA est utilisée par une personne publique, l'édification d'équipements publics est effectuée sous maîtrise d'ouvrage privée. Or, en principe, les personnes publiques étant maîtres d'ouvrage au sens de la loi MOP du 12 juillet 1985 ont une obligation d'assumer cette fonction et ne peuvent s'en dessaisir.

**Le juge administratif a jugé que les collectivités publiques peuvent recourir à la VEFA** (CE sect., 8 février 1991, Région Midi-Pyrénées ; voir également CAA Bordeaux, 19 mars 2002, Communauté urbaine de Bordeaux ; CAA Bordeaux, 1er mars 2005, M. Jean-Louis C. et M. André M. ; et CE, 14 mai 2008, Communauté de communes de Millau-Grands Causses).

**Mais lorsque les quatre conditions suivantes sont remplies de manière cumulative, le pouvoir adjudicateur n'est pas autorisé à recourir à la VEFA** : « *Ne sauraient légalement avoir recours à ce contrat de vente de droit privé, dans lequel l'acheteur n'exerce aucune des responsabilités du maître de l'ouvrage et qui échappe tant aux règles de passation, notamment aux règles de concurrence, prévues par le Code des marchés, qu'au régime d'exécution des marchés de travaux publics, lorsque* :

1. *l'objet de l'opération est la construction même d'un immeuble ;*
2. *la construction est pour le compte du pouvoir adjudicateur ;*
3. *l'immeuble est entièrement destiné à devenir la propriété du pouvoir adjudicateur ;*
4. *l'immeuble a été conçu en fonction des besoins propres du pouvoir adjudicateur* » (CE, avis, 31 janvier 1995, n° 356960).

Ainsi, si le montage a pour objet de faire édifier, pour le compte d'une personne publique, un immeuble conçu en fonction des besoins propres de cette dernière et destiné à devenir entièrement sa propriété, le juge considère que la personne publique reste maître d'ouvrage et est tenue de passer un marché public.

Enfin, la VEFA s'analyse comme un marché public de travaux au sens du droit de l'Union européenne, qui ne retient pas le critère de la maîtrise d'ouvrage pour définir un marché (CJUE, 25 mars 2010, Helmut Müller GmbH, aff. C-451/08, point 67). Dès lors, l'attribution d'un contrat de VEFA doit être préalablement soumise aux mesures de publicité et de mise en concurrence issues du droit de l'Union européenne.

7

# L'effet attractif des travaux publics

## 1. Notions de travaux publics et d'ouvrages publics

### 1.1. Les travaux publics

#### 1.1.1. La notion de travaux publics résultant de la loi

Les textes qui ont qualifié de « travaux publics » certaines activités sont peu nombreux. Citons, sans cependant être exhaustif, les travaux de la SNCF sur le domaine public ferroviaire, les travaux de construction des pipelines d'intérêt général, les travaux de démoustication, les travaux de déminage.

#### 1.1.2. La notion de travaux publics résultant de la jurisprudence

***Un critère obligatoire tenant à l'objet des travaux***

**Les travaux publics sont nécessairement des travaux « immobiliers »**, c'est-à-dire qui portent sur un immeuble au sens juridique du terme. La notion d'immeuble est définie par application des articles 517 et 518 du Code civil, le critère étant celui de la fixation au sol.

Dès lors que les travaux portent sur un immeuble, ils peuvent être des travaux publics. La catégorie la plus importante est celle des travaux de construction ou de reconstruction, y compris les prestations intellectuelles comme celles des architectes. Les opérations d'amélioration des immeubles existants sont des travaux publics, la jurisprudence ayant d'ailleurs une conception très large puisqu'elle qualifie de travaux publics les opérations de remembrement foncier. S'agissant des travaux de maintenance et d'entretien, la jurisprudence est également très compréhensive, puisqu'elle qualifie de travaux publics les travaux de débroussaillement. De simples travaux de nettoiement ne sont pas, en revanche, des travaux publics.

Outre cette condition tenant à l'objet des travaux, il faut que l'une ou l'autre des conditions suivantes soit remplie : travail immobilier exécuté pour le compte d'une personne publique ou pour le compte d'une personne privée dans le cadre d'une mission de service public.

***Deux critères alternatifs***

*1. Le travail immobilier sera exécuté pour le compte d'une personne publique.*

Selon la définition traditionnelle, sont des travaux publics les travaux effectués sur un immeuble appartenant à une personne publique ou destiné à lui appartenir, notamment en fin de concession.

En revanche, les travaux effectués pour le compte d'une personne privée ne sont pas des travaux publics s'ils ne peuvent relever de la deuxième définition.

C'est ainsi que les travaux des organismes d'HLM sont des travaux publics quand ils sont réalisés par un office public de l'habitat (OPH) tandis que ceux des sociétés anonymes d'HLM sont des travaux privés.

Des travaux effectués à la fois pour une personne publique et pour une personne privée sont globalement des travaux publics.

Presque tous les travaux pour le compte d'une personne publique sont des travaux publics, qu'ils soient réalisés directement par la collectivité publique (en régie) ou, le plus souvent, par un entrepreneur ou un concessionnaire. La jurisprudence n'exige pas que les travaux soient effectués dans un but de service public ; un simple but d'intérêt général est suffisant.

Les rares cas où des travaux effectués pour des personnes publiques ne sont pas des travaux publics, sont des travaux effectués sur le domaine privé. Le domaine privé est la partie du patrimoine des personnes publiques qui n'est affectée ni à l'usage du public ni à un service public, et qui sert donc à des fins essentiellement patrimoniales. Ainsi, les **travaux effectués à des fins purement pécuniaires sur le domaine privé des personnes publiques sont des travaux privés**. Cependant, même des travaux sur le domaine privé peuvent être des travaux publics s'ils sont effectués dans un but d'intérêt général (c'est notamment le cas des travaux sur les immeubles d'habitation des offices publics de l'habitat (OPH).

*2. Le travail immobilier exécuté pour le compte d'une personne privée dans le cadre d'une mission de service public.*

Le Tribunal des conflits a tranché en faveur de la compétence administrative par le célèbre arrêt Effimieff (TC, 28 mars 1955, Effimieff ; *Lebon*, p. 617, *AJDA*, 1955, II, p. 332) **bien que ces travaux fussent effectués pour le compte de personnes privées**. La jurisprudence Effimieff a été appliquée à d'autres travaux que les travaux de reconstruction. Elle concerne notamment les travaux de reboisement de terrains privés.

**Il est également des situations où les deux définitions se recoupent**. Ainsi, sont des travaux publics les travaux effectués sur une propriété privée pour le compte et par une personne publique les ayant financés. Tel est le cas des travaux d'entretien d'une voie privée par une ville. Ces travaux sont réputés exécutés pour le compte d'une personne publique parce qu'ils ne sont pas réalisés dans l'intérêt exclusif du propriétaire, mais aussi dans un but d'intérêt général, tel que la sécurité ou la circulation, bien proche en réalité d'une mission de service public.

## 1.2. Les ouvrages publics

Sans être aussi essentielle que celle de travaux publics, la notion d'ouvrage public a une importance non négligeable quant au régime juridique applicable.

**D'une manière générale**, le régime juridique de l'ouvrage public est le même que celui des travaux publics. De plus, la qualification d'« ouvrage public » entraîne quelques conséquences particulières. La plus importante **est la règle de l'intangibilité de l'ouvrage public** qui interdit au juge, judiciaire ou administratif, d'ordonner la démolition d'un ouvrage public dont la construction a violé le droit, fût-ce par une voie de fait, alors que normalement la voie de fait autorise le juge à prononcer des injonctions à l'égard de l'Administration.

Le cas le plus fréquent est la construction sur une propriété privée. Elle ne sera pas sanctionnée par la démolition de l'ouvrage public, mais uniquement par des dommages et intérêts.

En revanche, le juge judiciaire peut, en cas de voie de fait, ordonner l'interruption des travaux publics de construction d'un ouvrage public. Pas plus que pour les travaux publics, on ne peut donner une définition simple de l'ouvrage public. Si, en première approximation, il est permis de dire que la plupart des ouvrages publics résultent de travaux publics, la coïncidence n'est pas absolue.

**La première exigence pour qualifier un ouvrage d'« ouvrage public » est que l'ouvrage soit un immeuble**.

**La seconde exigence est que l'immeuble soit aménagé**.

Tous les immeubles au sens juridique ne peuvent être des ouvrages publics. Les terrains nus, notamment, sont exclus de cette qualification et il n'existe pas d'ouvrages publics naturels. Ainsi, une aire communale de stationnement est un ouvrage public à l'inverse d'une plage.

**L'idée d'affectation sert à restreindre la notion d'ouvrage public** qui, sans cela, serait démesurément vaste.

Pour les biens du domaine public, l'affectation est le plus souvent réalisée sous la forme de l'affectation à l'usage du public ou à un service public :

- les ouvrages appartenant au domaine public (c'est-à-dire affectés au public ou aménagés spécialement pour un service public) ;
- les biens appartenant au domaine privé ;
- les ouvrages appartenant en propre à EDF ;
- les immeubles des offices d'HLM et des offices publics d'aménagement et de construction (OPAC).

De manière plus étonnante, la jurisprudence reconnaît la qualité d'ouvrage public à des biens appartenant à des personnes privées.

C'est d'abord le cas de biens appartenant à des personnes de droit privé chargées de la gestion d'un service public. Ainsi, la qualité d'ouvrage public a été admise pour des biens appartenant à un organisme de sécurité sociale ou à des concessionnaires.

La qualité d'ouvrage public est également étendue à des biens appartenant à de simples particuliers, telles les voies privées ouvertes à la circulation publique et même aux branchements des canalisations d'eau, d'électricité ou de gaz.

**Il arrive assez fréquemment que des ouvrages privés résultent de travaux publics**.

C'est le cas notamment des logements en accession à la propriété réalisés par des offices d'HLM ou par des OPAC. Les travaux sont publics, mais l'ouvrage est privé. Dans ce cas, s'il y a litiges entre les propriétaires privés de l'ouvrage et les constructeurs, la juridiction administrative est compétente, comme l'avait déjà jugé le Tribunal des conflits pour une action en garantie décennale engagée par les propriétaires d'un logement construit par un OPHLM.

**Réciproquement, il est fréquent qu'un ouvrage public résulte de travaux privés** parce qu'une personne publique l'a acquis après sa construction. C'est notamment le cas des voiries des ensembles d'habitations incorporées au domaine public des communes, le transfert de propriété entraînant la qualification d'ouvrage public.

Les deux notions d'ouvrage public et de travaux publics sont donc autonomes, la qualité d'ouvrage public s'appréciant concrètement indépendamment de la nature des travaux.

# 2. Régime juridique des travaux publics

Ces définitions assez complexes sont particulièrement nécessaires, puisqu'elles déterminent à la fois la compétence juridictionnelle (tribunal administratif) et les règles de fond applicables (non-application de la règle du préalable).

## 2.1. Le caractère attractif des travaux publics : compétence des tribunaux administratifs

Bien que la loi de pluviôse an VIII ne mentionne que les litiges relatifs aux marchés de travaux publics, le Conseil d'État et le Tribunal des conflits ont étendu la compétence du juge administratif à d'autres contrats et à des litiges extra-contractuels. Cet effet attractif n'est cependant pas sans limites.

### 2.1.1. L'effet attractif de la notion de travaux publics

L'effet attractif des travaux publics joue non seulement dans le domaine contractuel, mais également à l'occasion de contentieux liés à l'exécution des travaux et, plus largement, dans le domaine de la responsabilité délictuelle.

#### *1. Dans le domaine contractuel*

Depuis l'entrée en vigueur de l'article 2 de la loi Murcef du 11 décembre 2001, sont légalement qualifiés de contrats administratifs les marchés publics ainsi que les contrats-cadres (TC, 19 mars 2007, France Télécom c/ centre hospitalier de Châteaudun), quelles que soient les prestations en cause, passés par les personnes morales de droit public obligatoirement soumises au Code des marchés publics, à savoir : l'État, les établissements publics administratifs (EPA) d'État, les collectivités territoriales et leurs EPA et EPIC, ainsi que leurs mandataires, qu'ils soient publics ou privés, puisqu'ils agissent au nom et pour le compte de la personne publique et doivent appliquer à ce titre les règles du Code.

**Le juge administratif sera compétent** non seulement pour les litiges contractuels entre ces maîtres d'ouvrage publics et les constructeurs, mais **aussi pour les litiges les opposant à**

**leurs assureurs** (assureurs tous risques chantiers, dommage-ouvrage…) (TC, 22 mai 2006, OPHLM de la ville de Montrouge c/ SMACL).

Il le sera également au regard des contrats accessoires à des contrats administratifs, comme les protocoles transactionnels au sens des articles 2044 et suivants du Code civil conclus par les maîtres d'ouvrage publics afin d'éteindre un litige concernant un marché de travaux publics (CE, 23 octobre 1970, Sieur Clot et société Oréfice).

**Les contrats passés par les entités qui ne sont pas visées par le Code des marchés publics ne bénéficient donc pas de la qualification légale de contrats administratifs** (TC, 20 février 2006, M. Guy X c/ Berim). Il en est ainsi pour les maîtres d'ouvrage publics ayant la qualité d'EPIC de l'État, comme la Poste, puisqu'ils ne relèvent pas du Code.

Pour ces entités publiques, la compétence du juge administratif sera déterminée classiquement soit au gré de la nature publique des travaux en cause, soit au gré du caractère attractif de cette notion, soit au gré des prestations autres assimilables à des travaux publics, ou bien encore par la présence de l'un des critères alternatifs du contrat administratif : critère de la clause exorbitante du droit commun ou critère de la participation du cocontractant à une mission de service public, voire la soumission du contrat à un régime exorbitant du droit commun.

**Toutefois, le juge administratif qualifie de contrats administratifs et retient sa compétence** dans le cas de litiges concernant les **contrats conclus par les maîtres d'ouvrage privés, en général des SEM, agissant au titre d'un mandat « administratif » ou tacite pour le compte d'une personne publique**, sous réserve que les ouvrages soient remis à cette dernière immédiatement après leur achèvement.

#### *2. Dans le domaine extra-contractuel (responsabilité délictuelle)*

Le contentieux né de l'exécution des travaux publics relève également de la compétence administrative quand le litige n'est pas rattaché à un contrat de droit privé.

**Ainsi, les dommages de travaux publics relèvent toujours du juge administratif quand l'action est délictuelle**.

**Cette règle s'applique même entre personnes privées**, par exemple :

- **entre un architecte et une entreprise ou un bureau d'études non liés ensemble par un contrat** ;
- pour la mise en cause de la responsabilité d'un préposé d'une entreprise par un tiers victime ;
- pour la mise en jeu de la responsabilité délictuelle d'un sous-traitant par le maître d'ouvrage ;
- ou symétriquement pour la mise en jeu de la responsabilité du maître d'ouvrage à l'égard du sous-traitant, qu'elle soit quasi délictuelle ou quasi contractuelle.

Il en est de même des litiges entre sous-traitants.

Le juge administratif sera compétent pour statuer sur l'appel en garantie formé contre un sous-traitant tiers par rapport à l'appelant, dès lors qu'il n'existe pas de lien contractuel entre ces deux parties privées et que cet appel en garantie s'inscrit dans le cadre d'une opération de travaux publics (construction d'une centrale thermique) et ce, même si elle est menée sous maîtrise d'ouvrage privée (TC, 10 juillet 1990, Semarelp).

Le juge administratif est compétent pour déterminer l'éventuelle responsabilité pour faute du maître d'ouvrage pour les litiges relatifs au droit au paiement direct du sous-traitant déclaré (CAA Lyon, 28 juin 2001, Société ascenseurs Sangali c/ commune de Genay).

**Lorsqu'un tiers est victime d'un dommage de travaux publics, la compétence est toujours administrative**, quelle que soit la personne mise en cause (maître d'ouvrage, entrepreneur, sous-traitant, etc.).

**Mais si la victime et le responsable sont liés ensemble par un contrat de droit privé, la compétence est judiciaire :**

- dans le cas d'un litige entre l'entrepreneur principal et son sous-traitant ;
- dans le cas de l'action directe de la victime contre l'assureur du responsable, laquelle relève toujours du juge judiciaire, car elle est fondée sur le contrat d'assurance, contrat de droit privé ;
- dans le cas d'un litige entre cotraitants liés par une convention de groupement d'entreprises (GME).

**REVIREMENT DE JURISPRUDENCE en 2015**.

**Le périmètre d'intervention du juge administratif s'agrandit pour ce qui concerne les actions en garantie**. Les appels en garantie entre constructeurs suite à un litige opposant un maître d'ouvrage à un groupement d'entreprises, dans le cadre d'un marché public de travaux, relèvent de la compétence du juge administratif. **Y compris lorsque la répartition des prestations entre les membres du groupement est déterminée par un contrat de droit privé**.

Les membres d'un groupement d'entreprises, opposés à un maître d'ouvrage dans un litige né de l'exécution d'un marché public de travaux, peuvent s'appeler en garantie entre eux. Le juge administratif est compétent pour connaître de ces actions. Cependant, en vertu d'une jurisprudence du Tribunal des conflits de 1997 (TC, 24 novembre 1997, n° 03060), cette compétence ne couvrait pas les litiges entre parties unies par un contrat de droit privé. Mais dans une décision du 9 février 2015, le Tribunal des conflits a fait évoluer sa position. Désormais, **le juge administratif est compétent lorsque le marché public indique la répartition des prestations entre les membres du groupement. Il l'est aussi, et c'est nouveau, quand la répartition des prestations n'est pas indiquée dans le marché, mais est issue d'un contrat de droit privé conclu entre les membres du groupement**. Seule limite à cette nouvelle jurisprudence : sont écartés les cas « *où la validité ou l'interprétation de ce contrat* [de droit privé conclu entre les constructeurs] *soulèverait une difficulté sérieuse* », indique le Tribunal des conflits (TC, 9 février 2015, n° 3983).

### 2.1.2. Les exceptions à l'effet attractif de la notion de travaux publics

Si la notion de travaux publics attire la compétence administrative, d'autres notions entraînent, à l'inverse, la compétence judiciaire. Dans trois de ces cas, la compétence judiciaire prévaut.

Une exception législative importante résulte de la loi du 31 décembre 1957, qui attribue aux juridictions judiciaires la compétence pour tous les accidents causés par les véhicules (sauf ceux causés au domaine public).

Cette loi est d'interprétation extrêmement large et la jurisprudence a estimé que la compétence judiciaire qu'elle a instituée prévaut sur la compétence au titre des dommages de travaux publics.

La jurisprudence tant judiciaire qu'administrative considère que les rapports entre les services publics industriels et commerciaux (EDF, SNCF, etc.) et leurs usagers sont des rapports de droit privé, y compris en matière de responsabilité délictuelle.

Cette solution est également appliquée aux usagers des offices publics d'HLM, bien qu'il s'agisse de services publics à caractère administratif.

**La notion de voie de fait est extrêmement complexe**. Il s'agit d'une irrégularité grossière et manifestement illégale portant atteinte soit à la propriété privée (immobilière ou mobilière) soit à une liberté publique. Il faut, en outre, qu'il s'agisse d'un acte matériel ; mais l'illégalité manifeste peut résulter aussi bien de l'absence de titre juridique autorisant les actes matériels, que de l'illégalité grossière d'un tel titre ou d'une inexécution forcée illégale de l'acte juridique autorisant la mesure matérielle.

**La notion de voie de fait entraîne la compétence du juge judiciaire tant pour la constater que pour la réparer**. C'est une théorie traditionnelle qui, en droit, se justifie par le principe que l'autorité judiciaire est gardienne de la propriété privée et des libertés publiques. Sa raison d'être est surtout que le juge judiciaire, à la différence du juge administratif, se reconnaît un pouvoir d'injonction à l'égard de l'Administration, encore que ce pouvoir soit, en matière de travaux publics, singulièrement autolimité par le principe selon lequel « l'ouvrage public mal planté ne se détruit pas ».

## 2.2. Les particularités du contentieux de travaux publics : la non-application de la règle du préalable

La qualification de travaux publics entraîne non seulement la compétence de la juridiction administrative, mais aussi l'application des règles de procédures spéciales propres aux litiges de travaux publics.

En principe, la justice administrative ne peut être saisie que par la voie d'un recours (pour excès de pouvoir ou de plein contentieux) et uniquement contre une décision administrative ; mais celle-ci peut être tacite, le silence de l'Administration pendant quatre mois valant refus de prendre la décision demandée. Cette règle s'applique même si le requérant demande simplement une indemnité pour un préjudice subi.

**Actuellement prévue par le décret du 11 janvier 1965 (art. 1er, premier alinéa), cette règle, dite « règle du préalable », ne s'applique pas en vertu du même texte, en matière de travaux publics. Le requérant peut donc saisir la justice administrative directement et sans délai**, sous réserve de la déchéance quadriennale (prescription des dettes de l'Administration au terme de la quatrième année civile suivant celle où le fait générateur de la dette a eu lieu) et sous réserve, le cas échéant, des clauses pouvant exiger dans le contrat une tentative préalable de conciliation.

## 2.3. Les privilèges attachés aux travaux et ouvrages publics

La qualité d'ouvrage public implique l'application d'un régime privilégié, protégeant l'ouvrage, facilitant son fonctionnement ou sa réalisation.

Selon un vieil adage, « ouvrage public mal planté ne se détruit pas ». Cet adage signifie qu'aucun juge ne peut ordonner la destruction d'un ouvrage public achevé, voire en voie

d'achèvement, même en cas de voie de fait. On l'explique par la finalité de l'ouvrage public qui sert un but d'intérêt général. Les juridictions des deux ordres en font une application constante. Cependant, en cas de voie de fait, le juge judiciaire peut ordonner l'interruption des travaux de réalisation d'un ouvrage public.

Dans le même esprit, le Code pénal sanctionne de manière particulière la dégradation de monuments et objets d'intérêt public.

Outre les servitudes domaniales qui s'appliquent chaque fois que l'ouvrage public fait partie du domaine public, hypothèse de loin la plus fréquente, il existe un certain nombre de servitudes destinées à faciliter la réalisation de travaux publics. La plus importante est la servitude d'occupation temporaire qui permet à l'Administration ou aux exécutants du travail public (concessionnaires, titulaires de marché, etc.) de pénétrer dans des propriétés privées pour y effectuer des études préalables, d'y déposer temporairement des matériaux ou en extraire.

# 3. En résumé

## 3.1. Notions de travaux publics et d'ouvrages publics

***Les travaux publics***

Un critère obligatoire tenant à l'objet des travaux :

- les travaux publics sont nécessairement des travaux immobiliers.

Deux critères alternatifs :

- le travail immobilier sera exécuté pour le compte d'une personne publique (immeuble appartenant à une personne publique ou destiné à lui appartenir) ;
- ou le travail immobilier sera exécuté pour le compte d'une personne privée dans le cadre d'une mission de service public.

***Les ouvrages publics : intangibilité d'un ouvrage public***

L'ouvrage doit être un immeuble (notion assez souple).

L'immeuble doit être aménagé (un terrain nu n'est pas un ouvrage public).

Les ouvrages appartenant au domaine public sont des ouvrages publics dès lors qu'ils sont affectés au public, ou sont aménagés spécialement pour un service public.

Mais la jurisprudence admet la qualification d'ouvrage public pour des biens appartenant au domaine privé ou même à des personnes privées : les immeubles des offices d'HLM et des OPAC, et les immeubles appartenant à des personnes privées mais chargées d'un service public (les concessionnaires).

Il arrive que des ouvrages privés résultent de travaux publics (exemple : logements en accession à la propriété réalisés par des offices publics d'HLM).

Réciproquement, un ouvrage public peut résulter de travaux privés (exemple : voiries d'un ensemble d'habitations incorporées au domaine public d'une commune).

## 3.2. Régime juridique des travaux publics

Ces notions complexes sont nécessaires, puisqu'elles détermineront à la fois la compétence juridictionnelle et les règles de fond applicables.

- **Compétence juridictionnelle des tribunaux administratifs.**
- **Effet attractif de la notion de travaux publics :**
  - **sur d'autres contrats** :
    - contrats passés avec les architectes,
    - contrats de nantissement,
    - contrats de cautionnement,
    - les transactions ;
  - **sur les litiges extra-contractuels** (c'est-à-dire, non rattachés à un contrat) :
    - architecte et entreprise,
    - bureau d'études techniques (BET),
    - sous-traitant et maître d'ouvrage,
    - maître d'ouvrage et sous-traitant,
    - sous-traitants entre eux.

Tous ces contentieux extra-contractuels nés de l'exécution de travaux publics entraînent la compétence du juge administratif, même s'ils concernent deux personnes privées.

PARTIE III

# Les marchés de travaux

8

# La passation des marchés de travaux

## Introduction

Le Code des marchés publics en vigueur est celui issu du décret n° 2006-975 du 1er août 2006. Il a été modifié à de nombreuses reprises.

**Le Code des marchés publics modifié** et son Guide de bonnes pratiques (26 septembre 2014) sont **téléchargeables** sur le site du ministère de l'Économie : www.economie.gouv.fr, ou sur www.legifrance.gouv.fr, ou www.colloc.bercy.gouv.fr.

**Les seuils dits « européens » ou « communautaires » ou « de procédure formalisée » sont les suivants au 1er janvier 2015 :**

- **pour les marchés de travaux** : **5 186 000 € HT** ;
- pour les marchés de fournitures et de services : **134 000 € HT** pour l'État, de **207 000 € HT** pour les collectivités et de **387 000 € HT** pour les entités adjudicatrices.

**Obligation de transmission au préfet**. En application des dispositions du Code général des collectivités territoriales (CGCT) relatives au contrôle de légalité, le montant à partir duquel des marchés publics et les accords-cadres sont soumis à l'obligation de transmission au représentant de l'État est fixé à **207 000 € HT** par l'article D 2131-5 du Code général des collectivités territoriales.

Ces seuils (qui changent tous les deux ans) résultent du décret n° 2013-1259 du 27 décembre 2013. Ils s'appliquent pour les procédures pour lesquelles une consultation a été engagée (ou un avis d'appel à la concurrence envoyé à la publication) à partir du 1er **janvier** 2014. Ils s'appliqueront jusqu'au 31 décembre 2015.

**Transposition (à venir) des directives européennes « commande publique »**. La loi du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises et portant diverses

dispositions de simplification et de clarification du droit et des procédures administratives (article 42) autorise le gouvernent à prendre, **par voie d'ordonnance, « *toute mesure relevant du domaine de la loi nécessaire à la transposition de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics*** […] *et de la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, relative à la passation de marchés passés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux* ».

Ce texte autorise également le gouvernement à prendre toute mesure pour rationaliser les règles générales de passation et d'exécution des contrats de la commande publique qui sont des marchés publics au sens du droit communautaire, et notamment les contrats globaux. Des conditions sont posées pour la réforme par ordonnance des contrats globaux. Celle-ci devra prévoir « *les modalités d'élaboration des évaluations préalables à leur passation afin de renforcer la sécurité juridique et financière de ces contrats* » et « *les conditions de recours et de mise en œuvre de ces contrats de nature à circonscrire leur utilisation* ». Et un seuil financier à partir duquel le recours à un contrat global sera possible devra être fixé. **Un ou deux décrets devraient compléter l'ordonnance**.

**Le Code des marchés publics 2006 et l'ordonnance du 6 juin 2005 seront donc abrogés et remplacés par ces textes en avril 2016**.

# 1. Le respect des grands principes

La personne publique doit respecter :
- la transparence des procédures ;
- l'égalité de traitement des candidats ;
- la liberté d'accès à la commande publique.

**Ces principes découlent des règles du traité instituant l'Union européenne** et, notamment, du principe de non-discrimination en raison de la nationalité.

**Le Conseil constitutionnel** a consacré, par ailleurs, la valeur constitutionnelle de principes comparables, qu'il déduit des articles 6 et 14 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Le juge administratif veille au respect de ces principes généraux du droit des marchés publics (CE, avis, 29 juillet 2002, Société MAJ Blanchisseries de Pantin).

**Ces principes sont affirmés dès l'article premier du Code des marchés publics**. Toute la réglementation des marchés publics repose sur le respect de ces principes fondamentaux et ce, quel que soit le montant du marché.

**Tout maître d'ouvrage public est impérativement tenu de les respecter** (CE, 23 février 2005, Association pour la transparence et la moralité dans les marchés publics ; CE, 7 octobre 2005, Région Nord-Pas-de-Calais).

**Quel que soit le montant du marché, quel que soit le type de procédure**. Le Conseil d'État a reconnu que les **principes de transparence des procédures, d'égalité de traitement des candidats et de liberté d'accès à la commande publique** sont applicables aux marchés quel que soit leur montant (CE, 29 juillet 2002, Société MAJ Blanchisseries de Pantin). Il rappelle que les marchés passés en application du Code des marchés publics [et donc aussi les « petits

marchés » inférieurs à 15 000 € ou les MAPA] sont soumis aux principes qui découlent de l'exigence d'*égal accès à la commande publique* (CE, 30 janvier 2009, ANPE).

## 1.1. Le principe de transparence des procédures

**Un degré de publicité adéquat et une impartialité des procédures**. Cette obligation de transparence qui incombe à l'acheteur public consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures de passation.

Le pouvoir adjudicateur doit informer tous les candidats de sa décision et, suite à leur demande écrite, leur donner les motifs détaillés qui l'ont conduit à retenir l'un et rejeter les autres.

Pour les procédures formalisées, un avis d'attribution doit être publié dans un délai maximal de quarante-huit jours à compter de la notification.

**Se garder une preuve**. Il existe une obligation de conserver la preuve de la mise en concurrence et de son déroulement.

**La transparence sur les critères d'attribution s'applique à tous les marchés. La personne publique est tenue, dès l'engagement de la procédure, d'informer de manière appropriée le candidat des critères d'attribution du marché.** Le CE estime que « *pour assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, l'information appropriée des candidats sur les critères d'attribution d'un marché public est nécessaire, dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché, dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats ; que dans le cas où le pouvoir adjudicateur souhaite retenir d'autres critères que celui du prix, l'information appropriée des candidats doit alors porter également sur les conditions de mise en œuvre de ces critères ; qu'il appartient au pouvoir adjudicateur d'indiquer les critères d'attribution du marché et les conditions de leur mise en œuvre selon les modalités appropriées à l'objet, aux caractéristiques et au montant du marché concerné* » (CE, Sect., 30 janvier 2009, Agence nationale pour l'emploi).

**L'acheteur doit s'en tenir aux critères de choix qu'il a lui-même définis. À défaut, manquement au principe de transparence**. Pour le Conseil d'État, « *il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que la Société des autoroutes du sud de la France a dans son appel d'offres initial proposé aux entreprises candidates deux solutions techniques différentes, avant de n'examiner que les offres correspondant à l'une de ces solutions ; qu'en agissant ainsi, elle a modifié les critères de sélection après le dépôt de leurs offres par les candidats ; que ce changement des critères d'attribution du marché, lesquels devaient être portés à l'information des candidats dès l'engagement de la procédure, a donc conduit au choix d'une offre sur la base de critères qui n'avaient pas fait l'objet d'une information appropriée des candidats dès l'engagement de la procédure ; que ce changement des critères de sélection, qui a été de nature à léser l'entreprise Baudin-Châteauneuf eu égard à sa portée et au stade de la procédure auquel il se rapporte, constituait ainsi un manquement aux règles de publicité auxquelles était soumise la Société des autoroutes du sud de la France* » (CE, 1er avril 2009, Société Baudin-Châteauneuf c/ Société des autoroutes du sud de la France).

**L'acheteur doit donner un délai suffisant pour assurer une publicité suffisante auprès des candidats. À défaut, manquement au principe de transparence**. Le Conseil d'État a considéré que le juge des référés pouvait retenir que « *le délai ouvert (18 jours) entre la date de*

*publication de l'avis d'appel public à concurrence et la date limite de remise des offres était insuffisant compte tenu du montant du marché, de 160 000 €* […]. *Le juge a donc pu en déduire que le délai* ***était insuffisant pour assurer une publicité suffisante auprès des candidats ayant vocation à y répondre*** » (CE, 5 août 2009, Région Centre).

**Manquement au principe de transparence en cas de contradictions dans le DCE**. Le Conseil d'État sanctionne, au nom du principe de transparence, les contradictions entre les publications, ou entre une publication et le profil d'acheteur ou au sein du règlement de la consultation. Dans le premier arrêt, le Conseil d'État sanctionne une contradiction interne au règlement de la consultation qui permettait aux candidats de ne renseigner qu'une partie du bordereau de prix alors qu'il était indiqué que tous les prix unitaires seraient pris en compte pour le jugement des offres (CE, 20 mai 2009, Département du Var). Dans le second arrêt, une contradiction est relevée dans un MAPA entre le délai et la durée d'exécution (CE, 5 août 2009, Région Centre).

**Indiquer les critères permettant la sélection des candidatures. À défaut, manquement au principe de transparence**. En cas de procédure adaptée prévoyant une sélection des candidatures, les critères de sélection des candidatures ainsi que les renseignements et documents au vu desquels la sélection sera opérée doivent être portés à la connaissance des candidats dès l'engagement de la procédure [mais pas les conditions de mise en œuvre des critères de sélection des candidatures] (CE, 24 février 2010, Communauté de communes de l'Enclave des Papes).

**Indiquer les critères permettant la sélection des offres et leurs conditions de mise en œuvre**. Le pouvoir adjudicateur a l'obligation d'indiquer dans les documents de la consultation les critères d'attribution du marché et leurs conditions de mise en œuvre. En revanche, il n'est pas tenu d'informer les candidats de la méthode de notation des offres. L'avis d'appel public à la concurrence qui précisait que l'offre économiquement la plus avantageuse serait déterminée en fonction de la valeur technique retenue pour 60 % et du prix des prestations pour 40 %, et précisant que « *le critère valeur technique sera évalué pour moitié en fonction, d'une part, de l'organisation du chantier, du phasage et du planning afin de respecter les délais, d'autre part, de la provenance et de la qualité des matériaux* » était donc régulier (CE, 31 mars 2010, Collectivité territoriale de Corse).

**Incertitude sur les conditions d'admission d'un critère du mieux-disant social : manquement au principe de transparence**. L'incertitude concernant les conditions de mise en œuvre d'un critère de performance d'insertion professionnelle au regard des conditions d'exécution prévues par le marché est constitutive d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence (et donc de transparence) susceptible de léser un candidat à l'attribution du marché (CE, 28 mai 2014, Commune de Dijon).

## 1.2. L'égalité de traitement des candidats

**Toutes les entreprises** doivent pouvoir faire acte de candidature ou remettre une offre.

À toutes les étapes de la procédure, elles doivent bénéficier des **mêmes informations** et des **mêmes règles** de compétition.

Leur candidature et leur offre doivent **être analysées dans des conditions identiques**, à partir de critères préalablement définis.

**Mauvaise définition préalable des besoins : atteinte au principe d'égalité de traitement des candidats**. Le Conseil d'État estime que « *faute d'avoir précisément défini le type des pres-*

*tations complémentaires envisagées, lesquelles doivent nécessairement être en rapport direct avec l'objet du marché, la communauté urbaine de Dunkerque et la ville de Dunkerque n'ont pas, eu égard à l'insuffisante définition de la nature et de l'étendue de leurs besoins, et à la marge de choix discrétionnaire qu'elles s'étaient ainsi réservée, prévu des modalités d'examen des offres garantissant l'égalité de traitement des candidats et la transparence de la procédure ; qu'un tel manquement, qui est de nature à léser la société Decaux au stade de l'examen des offres, justifie l'annulation de la procédure de passation du marché* » (CE, 15 décembre 2008, Communauté urbaine de Dunkerque, ville de Dunkerque c/ société Decaux).

**Si le classement des offres ne correspond pas aux critères annoncés : atteinte aux principes de transparence et d'égalité de traitement**. Les critères de sélection des offres étaient le mémoire technique (appelé « mémoire justificatif et explicatif ») et le prix. Lors de l'analyse des offres, la commission d'appel d'offres considère que les offres des deux meilleurs candidats *« sont de qualité technique équivalente »* et que l'écart de prix *« n'est pas significatif »*. Or la cour relève que seule la société requérante a fourni la note explicative demandée et que le courrier de rejet adressé au requérant énonçait que *« son offre n'a pas été retenue en raison des conditions d'exécution des marchés antérieurs »* et de la volonté du maître d'ouvrage *« de tester* in situ *un de ses concurrents »*. La cour considère que le maître d'ouvrage a méconnu les règles de transparence et d'égalité entre les candidats en se fondant sur des critères étrangers à l'objet du marché, non mentionnés dans les documents de la consultation pour départager les offres, ainsi qu'en retenant une offre devant être moins bien classée au regard des seuls critères annoncés, car seul le requérant avait fourni la note explicative exigée (CAA Bordeaux, 8 novembre 2011, CCI de Pointe-à-Pitre).

**Erreur sur le délai donné aux entreprises : atteinte au principe d'égalité de traitement**. La cour juge que « *la CAPM ne saurait sérieusement soutenir qu'en raison d'une erreur typographique, ce délai devait être regardé comme expirant le 21 juillet et non le 21 août 2003* [comme indiqué dans le courrier adressé aux entreprises] *et que les sociétés candidates auraient dû rectifier d'elles-mêmes ce délai* » et en conclut que « *en se prononçant sur les offres avant l'expiration du délai imparti, et en attribuant le marché à la seule entreprise qui avait répondu, la CAPM* […] *a méconnu le principe d'*égalité entre les candidats ; *que, par suite* […] *la procédure d'attribution du marché litigieux était irrégulière et de nature à engager la responsabilité de la CAPM* » (CAA Paris, 5 novembre 2013, CAPM).

**Spécifications techniques discriminatoires : atteinte au principe d'égalité de traitement des candidats**. La cour administrative d'appel de Versailles rappelle qu'aux termes de l'article 6-IV du Code des marchés publics, « *les spécifications techniques ne peuvent pas faire mention d'un mode ou procédé de fabrication particulier ou d'une provenance ou origine déterminée, ni faire référence à une marque, à un brevet ou à un type, dès lors qu'une telle mention ou référence aurait pour effet de favoriser ou d'éliminer certains opérateurs économiques ou certains produits. Toutefois, une telle mention ou référence est possible si elle est justifiée par l'objet du marché ou, à titre exceptionnel, dans le cas où une description suffisamment précise et intelligible de l'objet du marché n'est pas possible sans elle et à la condition qu'elle soit accompagnée des termes : "ou équivalent"* ». La cour constate que les prescriptions du cahier des clauses techniques particulières ne pouvaient pas être satisfaites sans recourir à une technique faisant l'objet d'un brevet dont seule la société SMC2 était détentrice. Par ailleurs, elle considère que « *la commune ne démontre pas que ses besoins n'auraient pas pu être satisfaits par des prescriptions moins restrictives eu égard à l'objet du marché concerné* ». La cour en conclut que « *les restrictions apportées à la concurrence, qui ont eu pour effet de favoriser la société SMC2 et d'éliminer les autres opérateurs,*

*ont porté atteinte au principe d'égalité entre les candidats* » (CAA Versailles, 6 mai 2014, ACS Production).

**Préférence locale : atteinte au principe d'égalité de traitement des candidats**. Le droit de la commande publique ne permet pas de retenir des critères de choix liés à l'origine ou à l'implantation géographique des candidats, car « la préférence locale » en marchés publics est contraire au principe constitutionnel d'égalité. Estimant qu'il y avait atteinte à l'égalité de traitement dans les marchés publics, la cour d'appel a condamné le maire du chef de favoritisme. La Cour de cassation a confirmé ce jugement (Cass. crim., n° 13-80759 du 22 janvier 2014).

**Au nom du principe d'égalité de traitement des candidats : élimination des offres arrivées hors délai**. La cour administrative d'appel de Paris rappelle qu'en MAPA, « *s'il appartient au pouvoir adjudicateur de fixer librement les modalités de la procédure de passation, il doit le faire dans le respect des principes fondamentaux de la commande publique, selon lesquels les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures* ». En vertu des principes fondamentaux de la commande publique, « *le pouvoir adjudicateur ne peut attribuer le marché qu'à une entreprise ayant présenté son offre avant l'expiration de la date limite de dépôt des offres fixée par l'avis d'appel public à la concurrence* » (CAA Paris, 10 février 2014, Établissement public du Grand Palais des Champs-Élysées).

**Au nom de l'égalité de traitement**, o**bligation de rejeter une offre anormalement basse**. Après avoir détecté l'offre qui paraissait anormalement basse et examiné les justificatifs demandés à l'entreprise, si l'offre est de nature à compromettre la bonne exécution du marché, le Conseil d'État juge que la retenir serait contraire au principe d'égalité de traitement des candidats, et le pouvoir adjudicateur a l'obligation de la rejeter : « *Considérant que le fait, pour un pouvoir adjudicateur, de retenir une offre anormalement basse porte* ***atteinte à l'****égalité* entre les candidats *à l'attribution d'un marché public* ; *qu'il résulte des dispositions précitées que, quelle que soit la procédure de passation mise en œuvre,* ***il incombe*** *au pouvoir adjudicateur qui constate qu'une offre paraît anormalement basse de* ***solliciter*** *auprès de son auteur toutes* ***précisions et justifications*** *de nature à expliquer le prix proposé* ; *que* ***si les précisions et justifications apportées ne sont pas suffisantes*** *pour que le prix proposé ne soit pas regardé comme manifestement sous-évalué et de nature,* ***ainsi, à compromettre la bonne exécution du marché, il appartient*** *au pouvoir adjudicateur de* ***rejeter l'offre*** » (CE, 29 mai 2013, Ministre de l'Intérieur ; et CE, 15 octobre 2014, Rabot Dutilleuil).

## 1.3. La liberté d'accès à la commande publique

**Tout opérateur économique peut se porter candidat**. Quels que soient leur taille et leur statut, les entreprises peuvent librement accéder aux marchés publics sous réserve qu'elles soient en règle avec le fisc, les régimes de cotisation sociale et les règles du Code du travail.

Le principe de liberté d'accès **interdit d'exclure des candidats** qui remplissent toutes les conditions requises par le règlement de la consultation, qui ne doit comporter aucune exigence qui ne serait pas justifiée par l'objet du marché.

La personne publique doit veiller à ce que les clauses du marché et les critères de sélection des candidats et des offres **n'aboutissent pas à écarter certaines catégories** de candidats **ou à en favoriser d'autres**.

**Impossible d'écarter par principe une candidature. À défaut, manquement au principe de liberté d'accès**. Il n'est pas possible d'écarter, par principe, la candidature d'un opérateur économique ayant participé, sous quelque forme que ce soit, à la préparation d'un marché public. Ainsi, la participation d'une entreprise à la définition d'un projet ne constitue pas, en elle-même, un motif justifiant que cette entreprise soit écartée des consultations futures mettant en œuvre le projet qu'elle aura contribué à définir. Il revient, en revanche, au pouvoir adjudicateur d'apprécier, au cas par cas, si une telle entreprise possède un avantage concurrentiel sur les autres candidats et de prendre les mesures nécessaires pour prévenir tout risque d'atteinte au principe d'égalité de traitement des candidats. En particulier, lorsque la collaboration préalable d'une entreprise lui a permis de recueillir des informations susceptibles de l'avantager par rapport aux autres candidats, l'acheteur public doit supprimer la différence de situation des entreprises en communiquant ces informations à tous les candidats.

Le Conseil d'État estime qu'en éliminant par principe l'offre d'une entreprise, sans l'examiner, au motif que le dirigeant de cette société était apparenté à une conseillère municipale, la commune a manqué à ses obligations de mise en concurrence et méconnu le principe de libre accès à la commande publique. Il donne raison au juge des référés qui avait annulé la procédure estimant que la société avait été irrégulièrement écartée (CE, 9 mai 2012, Commune de Saint-Maur-des-Fossés).

**Obligation de se grouper ou de sous-traiter : pas en soi une atteinte au principe de liberté d'accès**. Le Conseil d'État a considéré que « *la circonstance que des candidats doivent s'associer par la constitution d'un groupement ou prévoir de recourir à un sous-traitant pour présenter leur candidature à une délégation de service public ne peut constituer en soi une atteinte aux principes de libre accès à la commande publique et d'*égalité de traitement des candidats ». Il en a donc déduit que le juge des référés du tribunal administratif de Marseille avait commis une erreur (CE, 13 juillet 2012, Société Service pour l'assistance et le contrôle du peuplement animal).

**Mentions ne figurant pas dans l'AAPC : atteinte au principe de liberté d'accès à la commande publique.** La cour d'appel de Marseille rappelle qu'il faut indiquer, pour les accords-cadres, dans l'avis d'appel à la concurrence, « *la durée prévue de l'accord-cadre, la valeur totale des travaux estimée pour toute la durée de l'accord-cadre ainsi que, dans toute la mesure du possible, la valeur et la fréquence des marchés à passer* » et que cette exigence se retrouve dans le modèle d'avis fixé par le règlement CE n° 1564/2005. Elle a ensuite estimé que la seule description succincte des travaux en cause et « *la mention des fourchettes indicatives non contractuelles des montants des lots prévus* […] *dans le règlement de consultation – lequel ne fait pas l'objet des mêmes mesures de publicité que l'avis d'appel public à la concurrence et n'a vocation à être remis qu'aux entreprises qui ont manifesté leur intérêt pour le marché en cause – n'ont pas permis de connaître les besoins de la personne publique et ainsi l'étendue du marché* ». Elle en a déduit que, alors même que des entreprises avaient retiré un dossier de consultation et présenté une offre, **ce vice a porté atteinte au principe de libre accès à la commande publique** (CAA Marseille, 28 novembre 2012, Côte d'Azur Habitat).

**La jurisprudence a reconnu la possibilité pour une personne publique de se porter candidate à un marché public**. Aucun texte ni aucun principe n'interdisent, en raison de sa nature, à une personne publique, de se porter candidate à l'attribution d'un marché. Ce principe est reconnu même si les personnes publiques ne sont pas soumises aux mêmes obligations fiscales et sociales que les candidats privés, ces dérogations n'étant pas par elles-mêmes de nature à fausser la concurrence. En revanche, comme le rappelle le Conseil d'État dans son

avis, cette participation n'est autorisée que sous réserve que le pouvoir adjudicateur procède à un certain nombre de vérifications pour ne pas rompre l'égalité avec les opérateurs économiques œuvrant dans le secteur concurrentiel (CE, avis, 8 novembre 2000, Société Jean-Louis Bernard Consultants).

**Création d'un groupement d'intérêt public (GIP) et liberté d'accès à la commande publique**. Le Conseil d'État juge que si plusieurs collectivités publiques décident de mettre en commun certaines tâches en créant un GIP, elles peuvent faire appel à celui-ci sans avoir à le mettre en concurrence, dès lors qu'il leur consacre l'essentiel de son activité et qu'elles exercent conjointement sur lui un contrôle analogue à celui qu'elles exercent sur leurs propres services (CE, 4 mars 2009, SNIS).

**Pas d'interdiction, par principe,** à **des entreprises entre lesquelles il existe un rapport de contrôle ou qui sont liées entre elles, de soumissionner concurremment** à l'attribution d'un même marché. Le pouvoir adjudicateur doit apprécier, au cas d'espèce, si le rapport de contrôle en cause a exercé une influence sur les contenus respectifs des offres déposées par les entreprises, de nature à justifier que ces entreprises soient écartées de la procédure (CJCE, 19 mai 2009, Assitur Srl c. Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano, aff. C-538/07).

**Conditions d'accès d'une personne publique aux marchés publics**. Faisant application de la jurisprudence « Société Jean-Louis Bernard Consultants » (CE, avis, 8 novembre 2000), la cour administrative d'appel de Bordeaux rappelle « *qu'aucun texte ni aucun principe n'interdit, en raison de sa nature, à une personne publique de se porter candidate à l'attribution d'un marché public* ». Elle précise toutefois que, pour que soient respectés les principes de liberté de la concurrence et de l'égal accès aux marchés publics, l'attribution d'un marché public suppose :

- que le prix proposé par un établissement public administratif soit déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix de la prestation objet du contrat ;
- que cet établissement public n'ait pas bénéficié, pour déterminer le prix qu'il a proposé, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui sont attribués au titre de sa mission de service public, et qu'il puisse, si nécessaire, en justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié.

En l'espèce, la cour administrative d'appel de Bordeaux constate d'abord que les documents en question ne sont pas des pièces comptables issues d'une comptabilité analytique, mais des tableaux élaborés par le SDIS lui-même, synthétisant schématiquement ses recettes et ses charges. Ensuite, s'appuyant sur la note explicative jointe à ces documents, elle relève que 96 % de ses dépenses sont couvertes par les contributions versées par le département, les communes et les établissements publics de coopération intercommunale. Enfin, après examen des documents explicatifs du SDIS et des prix fixés pour les prestations de transport figurant sur les actes d'engagement du marché, la cour considère que le prix proposé à l'issue de la négociation est inférieur au coût réel des prestations évalué par le SDIS.

Ainsi, la cour administrative d'appel de Bordeaux estime que les documents transmis par le SDIS à la commission d'appel d'offres n'ont pu permettre ni à la CAO ni aux établissements hospitaliers « *de constater que le niveau des prix proposés par le SDIS, très nettement inférieur à celui des prix proposés par les entreprises privées candidates et à l'évaluation de ses coûts par le SDIS, ne résultait pas des avantages reçus par cet établissement dans le cadre de sa mission de*

*service public* » (CAA de Bordeaux le 1er mars 2012, Centre hospitalier de Bigorre, Hôpitaux de Lannemezan et Centre hospitalier de Lourdes).

**Les collectivités territoriales peuvent soumissionner un marché public sous certaines conditions**. Le Conseil d'État fait valoir qu'*« aucun principe ni aucun texte ne fait obstacle à ce que* [les] *collectivités* [territoriales] *ou leurs établissements publics de coopération se portent candidats à l'attribution d'un contrat de commande publique pour répondre aux besoins d'une autre personne publique* ». La Haute Juridiction pose toutefois des conditions :

- la candidature doit répondre à un intérêt public local en constituant *« le prolongement d'une mission de service public dont la collectivité ou l'établissement public de coopération a la charge, dans le but notamment d'amortir des équipements, de valoriser les moyens dont dispose le service ou d'assurer son équilibre financier* » ;
- elle ne doit pas compromettre l'exercice de la mission de service public ;
- elle ne doit pas fausser les conditions de la concurrence. Sur ce dernier point, le Conseil d'État précise que le prix proposé par les collectivités territoriales ou leurs établissements publics de coopération *« doit être déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à sa formation, sans que la collectivité publique bénéficie, pour le déterminer, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de ses missions de service public et à condition qu'elle puisse, si nécessaire, en justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié* ».

En l'espèce, la cour administrative d'appel avait validé la possibilité pour le département de répondre au marché litigieux sans rechercher si la candidature de ce département constituait le prolongement de l'une de ses missions de service public. Selon le Conseil d'État, en statuant ainsi, la cour a commis une erreur de droit. Son arrêt est annulé (CE, Ass., 30 décembre 2014, Société Armor SNC).

## 1.4. Définition préalable du besoin

Une définition précise du besoin est la garantie d'une bonne compréhension et de la bonne exécution du marché. Elle permet de procéder à une estimation fiable du montant du marché. C'est pourquoi l'article 5 du Code des marchés publics oblige le maître d'ouvrage à **déterminer avec précision**, avant tout appel à la concurrence (ou toute négociation non précédée d'un appel à la concurrence), **la nature et l'étendue des besoins à satisfaire**, en prenant en compte des objectifs de développement durable.

Une bonne évaluation des besoins et, par suite, une définition très précise des besoins dans les documents de la publicité ne sont pas uniquement une exigence juridique. Elles sont une condition impérative pour que l'achat soit effectué dans les meilleures conditions économiques.

**Manquements à la définition des besoins**. Ont été, par exemple, considérés comme des manquements à la définition des besoins : la sous-estimation des quantités du marché (CE, 29 juillet 1998, Commune de Léognan), le renvoi de la définition de certains besoins à un dispositif ultérieur (CE, 8 août 2008, R*égion Bourgogne), la possibilité pour les candidats de proposer des « services annexes » non définis (CE, 15 décembre* 2008, Communauté urbaine de Dunkerque).

**Prise en compte du développement durable ne veut pas dire obligation d'un critère écologique**. La définition des besoins doit prendre en compte les exigences du développement durable et, en particulier, les exigences sociales et environnementales. Ces exigences peuvent être appréhendées par référence à des labels ou à leurs équivalents. Toutefois, si l'article 53-I du code impose à l'acheteur de prendre en compte des objectifs de développement durable, il ne lui impose pas de retenir un critère écologique au sein des critères de choix des offres (CE, 23 novembre 2011, Communauté urbaine de Nice-Côte-d'Azur, n° 351570).

**Pour être efficace, l'expression des besoins impose** :

- l'analyse des besoins fonctionnels des services sur la base, par exemple, d'états de consommation ;
- la connaissance, aussi approfondie que possible, des marchés fournisseurs, qui peut s'appuyer, par exemple, sur la participation de l'acheteur à des salons professionnels ou sur de la documentation technique ;
- la distinction, y compris au sein d'une même catégorie de biens ou d'équipements, entre achats standard et achats spécifiques ;
- lorsqu'elle est possible, l'adoption d'une démarche en coût global prenant en compte non seulement le prix à l'achat, mais aussi les coûts de fonctionnement et de maintenance associés à l'usage du bien ou de l'équipement acheté.

**Une mauvaise définition préalable du besoin se caractérise par une insuffisance du dossier de consultation et peut entraîner l'annulation de la décision d'attribution**. Les incertitudes qui caractérisent un projet soumis à la consultation ne permettent pas aux concurrents à un marché négocié d'évaluer le prix de l'ouvrage et sont constitutives d'une méconnaissance des obligations de publicité et de mise en concurrence entraînant l'annulation de la décision d'attribution du marché : « *Le tribunal a pu, à bon droit, considérer que les incertitudes qui caractérisaient le projet soumis à consultation lors de la procédure négociée, et qui avaient incité le groupement à proposer une variante d'un montant supérieur à l'ordre de la société Hochtief, qui ne portaient pas sur des éléments purement indicatifs, n'ont pas permis aux concurrents d'évaluer valablement le prix de l'ouvrage à construire et ont interdit toute comparaison utile des mérites respectifs des différentes offres de base ; que par suite, les hôpitaux universitaires de Strasbourg ne sont pas fondés à soutenir que c'est à tort que le tribunal administratif de Strasbourg a considéré que les décisions attaquées avaient été prises en méconnaissance des obligations de publicité et de mise en concurrence rappelées par les dispositions du Code des marchés publics* » (CAA Nancy, 20 décembre 2007, Hôpitaux universitaires de Strasbourg c/ Sogea Est SNC).

**La définition précise et préalable des besoins est une des conditions pour assurer l'égalité de traitement des candidats et la transparence de la procédure**. Le Conseil d'État estime que « *faute d'avoir précisément défini le type des prestations complémentaires envisagées, lesquelles doivent nécessairement être en rapport direct avec l'objet du marché, la communauté urbaine de Dunkerque et la ville de Dunkerque n'ont pas, eu égard à l'insuffisante définition de la nature et de l'étendue de leurs besoins, et à la marge de choix discrétionnaire qu'elles s'étaient ainsi réservée, prévu des modalités d'examen des offres garantissant l'égalité de traitement des candidats et la transparence de la procédure ; qu'un tel manquement, qui est de nature à léser la société Decaux au stade de l'examen des offres, justifie l'annulation de la procédure de passation du marché* » (CE, 15 décembre 2008, Communauté urbaine de Dunkerque, ville de Dunkerque c/ société Decaux).

**La mauvaise définition du besoin par le pouvoir adjudicateur n'est pas un motif d'abandon du marché par son titulaire**. La mauvaise estimation des besoins d'un marché peut se révéler source de nombreuses difficultés au moment de son exécution, notamment lorsqu'elle conduit à un bouleversement de l'économie du contrat. Pour autant, celle-ci ne saurait justifier l'abandon du marché par son titulaire. Ainsi, ce dernier ne peut valablement se prévaloir d'une telle erreur d'appréciation afin de contester la résiliation du marché prononcée à ses torts par le pouvoir adjudicateur. Pour la cour administrative d'appel de Bordeaux, la résiliation était motivée par l'abandon des travaux initialement prévus par le marché. Ainsi, « l*a circonstance que ce marché, dont l'objet ne concernait qu'un seul rocher, ne mentionnait pas l'existence d'un second rocher, ne peut être regardée comme une faute de l'administration dans la définition de ses besoins* ». Autrement dit, la découverte d'un second rocher ne dispensait pas le titulaire de réaliser les prestations initialement prévues par le marché (CAA Bordeaux, 18 décembre 2014, SAS U Prestair).

### 1.5. Sanctions du non-respect de ces principes

La méconnaissance des principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats et de transparence constitue un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence au sens de l'article L. 551-1 et suivants du Code de justice administrative, relatifs au **référé précontractuel** et au **référé contractuel**.

Elle expose également son auteur à un **recours en contestation de la validité du marché** (CE, 4 avril 2014, Département du Tarn-et-Garonne) et à des sanctions pénales pour **délit de favoritisme** (octroi d'un avantage injustifié), lequel est puni par l'article 432-14 du Code pénal de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende.

(Cf. *infra*, chapitre 13, « Les contrôles et les recours dans les marchés publics ».)

## 2. La publicité

L'efficacité de la publicité constitue une composante essentielle de la régularité du marché.

Les modalités de publicité doivent être choisies avec soin, et une attention toute particulière doit être portée au choix des supports utilisés, et ce, compte tenu de l'évolution de la jurisprudence.

S'il hésite sur le support de publicité le plus approprié, l'acheteur public a toujours intérêt à procéder à la publicité la plus large possible.

Concernant les journaux d'annonces légales, en vertu de la loi n° 55-4 du 4 janvier 1955, un arrêté préfectoral fixe chaque année la liste des journaux susceptibles de recevoir les annonces légales dans le département. Le *Bulletin officiel des annonces des marchés publics* (*BOAMP*) doit être regardé comme une publication habilitée à recevoir des annonces légales (CE, 19 novembre 2004, Commune d'Auxerre).

**Seules les insuffisances, imprécisions ou ambiguïtés présentant un caractère substantiel**, et étant à ce titre de nature à priver d'efficacité la publicité, peuvent être qualifiées de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence (CE, 8 février 2008, Département de l'Essonne ; CE, 8 février 2008, Commune de Toulouse).

Au-dessus des seuils communautaires (voir introduction du présent chapitre), la publicité doit être **conforme au modèle fixé par le règlement d'exécution** (UE) n° 842/2011 de la Commission du 19 août 2011 **établissant les formulaires standard** pour la publication d'avis dans le cadre des procédures de passation de marchés publics.

## 2.1. En dessous du seuil de 15 000 € HT : publicité non obligatoire

L'article 28 du Code des marchés publics indique que le pouvoir adjudicateur peut décider que le marché sera passé **sans** publicité **ni** mise en concurrence préalables :

- en cas d'**urgence impérieuse**, dans l'hypothèse où **aucune offre ou candidature n'a été déposée, ou d'offres inappropriées**, ou encore pour les **marchés complémentaires** (situations décrites au II de l'article 35) ;
- lorsque les formalités de publicité et de mise en concurrence sont **impossibles ou manifestement inutiles** en raison, notamment, de l'objet du marché, de son montant ou du faible degré de concurrence dans le secteur considéré ;
- ou si le montant estimé du marché est **inférieur à 15 000 € HT**.

Lorsqu'il fait usage de cette faculté, le maître d'ouvrage veille à choisir une offre répondant de manière pertinente au besoin, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même prestataire lorsqu'il existe une pluralité d'offres potentielles susceptibles de répondre au besoin.

**Ces marchés ne sont dispensés que des mesures de publicité et de mise en concurrence** imposées par le Code des marchés publics. Ils n'en restent pas moins dans le champ du code. C'est pourquoi l'article 28 impose des garanties destinées à respecter les principes de la commande publique.

**Les marchés demeurent soumis aux principes fondamentaux de la commande publique**. C'est donc souvent le coût de la publicité par rapport au montant estimé du marché qui sera pris en compte pour exonérer l'acheteur de l'envoi d'une annonce. Par ailleurs, la collectivité peut opter pour la diffusion d'une annonce sur son site Internet.

Pour ces « petits marchés », si une personne publique estime que la demande de quelques devis suffit pour constituer une réelle mise en concurrence proportionnelle à la taille de l'achat, alors **la trace des demandes et les devis eux-mêmes doivent être conservés, ainsi qu'une note, par exemple, qui permet d'expliquer le choix réalisé**. La personne publique, même pour ce faible montant, n'en demeure pas moins obligée de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse.

Il convient de rappeler que le seuil de 15 000 € HT ne peut être apprécié marché par marché ou indépendamment pour chaque prestataire. Les achats des pouvoirs adjudicateurs sont soumis aux modalités de calcul de la valeur estimée des marchés définie à l'article 27 du Code des marchés publics. **Il convient donc de vérifier que les marchés travaux de faible montant n'entrent pas dans une « opération » au sens de l'article 27-II 1° du Code**. Cette méthode, obligatoire, aura donc pour effet de soustraire un certain nombre d'achats au seuil de 15 000 € HT.

Dans un marché d'un montant estimé inférieur au seuil de 15 000 € HT, sans publicité ni mise en concurrence, **les candidatures spontanées doivent être examinées par le pouvoir adjudicateur** (Rép. min. de l'Économie au sénateur Piras, *JO Sénat* du 7 mai 2009, p. 1142).

***Quid* des circonstances particulières ?** L'article 28 du Code des marchés publics donne la possibilité au pouvoir adjudicateur de ne procéder à aucune publicité ni mise en concurrence préalables à la conclusion d'un marché lorsque ces formalités sont **impossibles ou manifestement inutiles** en raison notamment de l'objet du marché, de son montant ou du faible degré de concurrence dans le secteur considéré. Dans ces cas, la dispense doit être appréciée par le pouvoir adjudicateur au cas par cas, en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre et de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre, ainsi que des circonstances de l'achat. **Aucun exemple générique ne peut être donné**. L'acheteur public doit conserver tous les éléments de nature à établir les faits qui l'ont conduit à recourir à cette procédure dérogatoire, afin de justifier le bien-fondé de son appréciation en cas de contestation de la régularité de la procédure (rép. min. de l'Économie au sénateur Piras, *JO Sénat* du 19 novembre 2009, p. 2699).

## 2.2. Entre les seuils de 15 000 € HT et de 90 000 € HT : une publicité adaptée

Entre 15 000 € HT et 90 000 € HT, le pouvoir adjudicateur **choisit librement les modalités de publicité adaptées** en fonction :

- des **caractéristiques du marché** ;
- notamment du **montant** ;
- et de la **nature des travaux**, des fournitures ou des services en cause.

Il convient de garder à l'esprit l'idée de proportionnalité des mesures de publicité à mettre en œuvre. Il est évident que plus les montants augmentent, plus il faudra que les mesures de publicité soient augmentées.

L'achat sera regardé comme effectué dans des conditions satisfaisantes au regard des principes de la commande publique si les moyens de publicité utilisés permettent aux **prestataires potentiels d'être informés** de l'intention d'acheter des collectivités publiques et du contenu de l'achat, en vue d'aboutir à une diversité d'offres suffisante pour garantir une réelle mise en concurrence.

**Le juge s'attache tout particulièrement à vérifier que la publicité touche bien l'ensemble des candidats potentiels**.

- Dans sa décision **« Région Nord-Pas-de-Calais » du 7 octobre 2005, le Conseil d'État** a jugé qu'**un marché** de programmation, même d'un montant très faible (35 000 €), pouvait, **par son objet**, **nécessiter la mise en œuvre de mesures de publicité allant au-delà de la région**. La Haute Juridiction a ainsi annulé la procédure de passation du marché relatif à la programmation de l'implantation d'une antenne du musée du Louvre à Lens, estimant que la région Nord-Pas-de-Calais n'avait pas respecté les obligations de publicité et de mise en concurrence qui lui incombaient en diffusant l'avis d'appel public à la concurrence sur son site Internet pendant quinze jours et en le publiant dans *La Voix du Nord*, titre de la presse quotidienne régionale.
- Le **14 mars 2006**, c'est le **tribunal administratif de Montpellier** qui a jugé, dans une décision « Société Azur BTP », que la passation d'un marché négocié de travaux de 3,5 M€ devait faire l'objet d'**une publicité allant au-delà de la région**, cette fois **en raison de son montant**. Le marché portait sur la construction d'une caserne de gendarmerie et de quinze villas d'habitation. La publicité avait été faite dans deux journaux d'annonces légales, *Le*

*Midi libre* et *L'Indépendant*, qui couvrent l'ensemble de la région Languedoc-Roussillon et le département de l'Aveyron. Le juge a estimé qu'il y avait lieu d'ajouter à ces publicités une publication dans un journal spécialisé correspondant au secteur économique concerné.

- Enfin, le **tribunal de Mamoudzou** (Mayotte) a jugé le **2 mai 2006** que « *les modalités de publicité arrêtées par la personne responsable du marché, doivent s'avérer en adéquation non seulement avec le montant du marché mais également avec son objet, et* ***doivent tenir compte du degré de concurrence effectif entre les candidats potentiels*** ».

Autrement dit, **l'objet de la publicité n'est donc pas de toucher la zone géographique où l'acheteur est implanté mais d'atteindre « les candidats potentiels »**. L'achat sera regardé comme effectué dans des conditions satisfaisantes au regard des principes de la commande publique si, dans les faits, les moyens de publicité utilisés permettent aux prestataires potentiels, sans considération de nationalité ou de taille, d'être informés de l'intention d'acheter et de la description précise du besoin, pour obtenir une diversité d'offres suffisante pour garantir une réelle mise en concurrence.

**Ne sont retenues comme pertinentes que les mesures procédant de l'initiative propre du pouvoir adjudicateur**. Les mesures de publicité intervenues indépendamment de sa volonté sont sans influence sur la régularité des mesures de publicité auxquelles il a procédé.

**Les informations peuvent être diffusées sur le profil d'acheteur du pouvoir adjudicateur**. On prendra garde que ce moyen de publicité ne peut être un moyen unique suffisant que si le profil d'acheteur utilisé dispose d'une audience en rapport avec l'enjeu et le montant financier du marché. Pour des sites à audience réduite, ce mode d'information ne doit être utilisé que comme un moyen de publicité complémentaire, venant appuyer une publication par voie de presse.

L'information des candidats potentiels peut également être publiée **au *BOAMP***, **dans la presse quotidienne régionale ou la presse spécialisée.** Ces supports offrent souvent des tarifs préférentiels pour la publicité des marchés en dessous des seuils de procédure formalisée.

**Publicité ne signifie pas nécessairement publicat**ion (CJCE, 21 juillet 2005, Consorzio Aziende Metano). Il conviendra toutefois de démontrer, en l'absence de publication, que les entreprises susceptibles d'être intéressées ont été contactées par tout moyen utile (courriel, fax…). Ainsi, pour un marché de faible montant, une demande de devis à quelques entreprises locales susceptibles de fournir la prestation, dont on gardera la trace, pourra être considérée comme suffisante. L'acheteur prendra garde à conserver la trace de ces demandes afin d'être à même de justifier son choix.

**Le contenu de la publicité**. Quel que soit le support de publicité choisi, des informations minimales doivent obligatoirement être portées à la connaissance des candidats potentiels. Ainsi, doivent toujours être mentionnés : l'identité et les coordonnées de l'acheteur, l'objet des prestations envisagées, les critères d'attribution du marché et, lorsque le prix n'est pas l'unique critère de choix, les conditions de mise en œuvre de ces critères (CE, Sect., 30 janvier 2009, ANPE).

**Pour prouver**, si nécessaire, qu'il a pris toute mesure pour susciter une réelle mise en concurrence, l'acheteur pourra produire divers justificatifs : **envoi des publicités, justificatifs de mise en ligne ou demandes de présentation de devis**.

## 2.3. Entre 90 000 € HT et les seuils communautaires : une publicité formalisée

Au-dessus de 90 000 € HT, et jusqu'aux seuils européens (voir introduction du présent chapitre), les avis d'appel public à la concurrence sont **obligatoirement conformes aux modèles** fixés par l'arrêté du 27 août 2011 fixant le modèle d'avis pour la passation des marchés publics et d'accords-cadres.

Ils sont publiés soit au *BOAMP*, soit dans un journal d'annonces légales, ainsi que sur le profil d'acheteur.

Le maître d'ouvrage apprécie de plus si, compte tenu de la nature ou du montant des travaux en cause, une publication dans un journal spécialisé correspondant au secteur économique concerné est par ailleurs nécessaire pour assurer une publicité conforme aux principes du Code des marchés public.

#### *Le profil d'acheteur*

Depuis le **1er janvier 2010**, les pouvoirs adjudicateurs peuvent imposer aux entreprises la transmission dématérialisée des candidatures et des offres, et doivent publier les avis d'appel public à la concurrence ainsi que les documents de la consultation, pour les marchés supérieurs à 90 000 € HT, sur leur profil d'acheteur.

Cette obligation s'ajoute aux autres obligations de publicité (journal d'annonces légales, *BOAMP*, presse spécialisée…).

**Le profil d'acheteur est un site**, généralement appelé « plate-forme », accessible en ligne par l'intermédiaire du réseau Internet, offrant toutes les fonctionnalités nécessaires à la dématérialisation des procédures : au minimum, information des candidats et réception des candidatures et des offres.

Le site Internet d'une collectivité ne peut être qualifié de profil d'acheteur que s'il offre l'accès à ces fonctionnalités.

*A minima*, il doit permettre de répondre aux exigences du code : mettre en ligne des avis, mettre en ligne des dossiers de consultation des entreprises (DCE), recevoir des candidatures et des offres électroniques de manière sécurisée et confidentielle.

## 2.4. Au-dessus des seuils communautaires : publicité européenne

Au-dessus des seuils communautaires (voir introduction du présent chapitre), le maître d'ouvrage a l'obligation de procéder à une publicité nationale et européenne dans le ***BOAMP*** **et le *Journal officiel de l'Union européenne*** (**JOUE**). Les avis publiés sur ces supports doivent comporter les mêmes renseignements (CE, 10 mai 2006, Syndicat intercommunal des services de l'agglomération valentinoise).

L'avis doit être conforme au modèle fixé par le règlement d'exécution (UE) n° 842/2011 de la Commission du 19 août 2011 établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre des procédures de passation de marchés publics (disponible sur www.economie.gouv.fr).

Les avis publiés au *JOUE* et au *BOAMP* doivent avoir un contenu identique.

La publication au *BOAMP* ne doit pas intervenir avant l'envoi à l'OPUE (Office des publications de l'Union européenne).

## 2.5. Modalités de publicité facultative et supplémentaire

**La publicité facultative d'un avis de préinformation**. L'article 39 du code prévoit que les marchés de travaux supérieurs au seuil de procédure formalisée peuvent donner lieu à la publication, soit au *JOUE* soit sur le profil d'acheteur du pouvoir adjudicateur, d'un avis de préinformation qui doit être conforme au modèle fixé par le règlement (UE) n° 842/2011 du 19 août 2011.

La publication d'un tel avis sur le profil d'acheteur ne peut avoir lieu qu'après que le pouvoir adjudicateur a envoyé à l'OPUE, par voie électronique, un avis annonçant cette publication.

La publication de cet avis de préinformation présente l'avantage de réduire les délais de réception des offres des candidats (article 57, II-2° et article 62, II-2°).

**La publicité complémentaire**. Le pouvoir adjudicateur peut toujours se servir, s'il le juge nécessaire, pour l'ensemble de ses marchés, de supports de publicité supplémentaires, tels qu'une publication dans la presse quotidienne régionale ou la presse spécialisée ou la publication par affichage.

La publicité complémentaire permet à l'acheteur public de recevoir des candidatures ou des offres plus nombreuses. Ainsi, pour des marchés d'un montant élevé, où le surcoût d'une publication complémentaire dans un organe de presse est insignifiant au regard du montant du marché, il peut être opportun de chercher à favoriser, le plus possible, la concurrence par des publications complémentaires.

Cette publicité peut être faite dans la presse quotidienne régionale, car celle-ci constitue un important vecteur d'information des entreprises, notamment des PME. La mise en place, depuis 2006, d'un portail destiné aux entreprises, et accessible gratuitement, présentant en ligne les annonces légales de marchés publiés dans les quotidiens régionaux permet d'élargir la diffusion des avis d'appel public à la concurrence au- delà de l'audience locale de chaque titre.

La publicité peut aussi être faite dans la presse spécialisée. De nombreux domaines économiques sont couverts par des revues spécialisées qui sont lues par les entreprises du secteur (cf. bâtiments et travaux publics, informatique, équipements, etc.). La publication d'un avis dans cette presse constitue un moyen efficace pour toucher un lectorat ciblé. La dématérialisation croissante de la presse spécialisée permet également à l'acheteur public de bénéficier d'une plus large diffusion de ses avis.

L'acheteur peut aussi utilement procéder à l'affichage de ses projets de marchés sur les supports réservés à cet effet. Ce mode d'information supplémentaire est peut-être plus adapté aux petites collectivités territoriales.

D'autres moyens complémentaires peuvent être utilisés aux fins de publicité. Ainsi, par exemple, une annonce par voie radiophonique est-elle prévue par le code pour certaines collectivités d'outre-mer.

Le contenu des avis de publicité complémentaires est laissé à l'appréciation de l'acheteur public, qui peut se contenter d'informations minimales, à la condition expresse qu'il renvoie aux insertions faites dans le cadre des publications obligatoires et qui contiennent la totalité

des renseignements publiés. La publicité complémentaire peut intervenir postérieurement aux publications obligatoires. Elle n'a, toutefois, jamais pour effet de prolonger le délai de réception des candidatures.

## 2.6. Le calcul des seuils : les notions d'ouvrage et d'opération (CMP, art. 27)

**Le calcul des seuils de publicité ou de choix des procédures s'effectue à partir des notions d'ouvrage et d'opération**. La méthode est valable pour tous les seuils permettant de savoir quel niveau de publicité effectuer ou ceux permettant de décider quelle procédure de passation utiliser.

**Prise en compte de la valeur globale des travaux**. Pour évaluer le montant d'un marché de travaux, il convient de prendre en compte la valeur globale des travaux se rapportant à une même opération, qui peut porter sur un ou plusieurs ouvrages, à laquelle on ajoute la valeur des fournitures nécessaires à leur réalisation que le pouvoir adjudicateur met à la disposition des entreprises.

**L'opération de travaux ne peut être scindée** en fonction de l'objet des travaux, des procédés techniques employés ou de leur financement, lorsqu'ils sont exécutés dans une même période de temps et sur une zone géographique donnée.

**L'opération de travaux** est un ensemble de travaux qui, en considération de leur objet, des procédés techniques utilisés ou de leur financement, ne peuvent être dissociés, et que le maître d'ouvrage a décidé d'exécuter dans une même période de temps et sur une zone géographique donnée. Une opération peut concerner plusieurs ouvrages (la réfection des toitures des écoles d'une même commune ou la réalisation de trottoirs dans différents quartiers de la ville) ou certains travaux réalisés sur un même ouvrage, de nature différente, programmés au même moment (en matière de réhabilitation).

**Constituent une seule et même opération les travaux suivants** : des marchés conclus presque simultanément entre les mêmes parties et ayant le même objet (CE, 26 juillet 1991, Commune de Sainte-Marie), des marchés conclus simultanément pour la réalisation de trottoirs en quatre endroits différents d'une même commune (CE, 26 septembre 1994, Préfet d'Eure-et-Loir), des travaux d'étanchéité de peinture effectués par le même syndicat pour la réfection et le fonctionnement de deux châteaux d'eau à des dates rapprochées (CE, 8 février 1999, Syndicat intercommunal des eaux de la Gâtine).

**L'ouvrage** est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment (ou de génie civil) destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique (CJCE, 5 octobre 2000, Commission C/ République française).

Des travaux réalisés par plusieurs pouvoirs adjudicateurs peuvent constituer un ouvrage.

L'ouvrage est le résultat obtenu à l'achèvement des travaux de construction, de restructuration ou de réhabilitation d'un immeuble ou encore de travaux de génie civil.

Le **principe de l'annualité budgétaire est déconnecté des notions d'opération ou d'ouvrage** qui, bien évidemment, peuvent être pluriannuels ; dans ce cas, c'est le montant total des travaux relatifs à un ouvrage ou une opération qu'il faut prendre en compte, y compris sur plusieurs exercices budgétaires.

**C'est la personne publique qui décide de rattacher les marchés de travaux à un ouvrage ou à une opération plus globale** (sous le contrôle du juge). Cette prise de décision se traduira par une programmation unique dans l'année ou pluriannuelle selon les moyens disponibles.

Une convention visant le réaménagement urbain d'un quartier d'une ville, dont la valeur du marché doit être déterminée en considérant le volume global de l'opération d'aménagement, constitue un marché public de travaux (CJCE, 18 janvier 2007, Jean Auroux c/ commune de Roanne).

# 3. La sélection des candidats

## 3.1. Interdictions de soumissionner (CMP, art. 43)

Les interdictions de soumissionner peuvent résulter de condamnations pénales, de la situation personnelle de l'entreprise ou de la violation de ses obligations fiscales et sociales.

Tout candidat doit apporter la preuve qu'il ne fait pas l'objet d'une des interdictions listées dans le Code des marchés publics et ses textes d'application, notamment l'article 43 du Code des marchés publics et l'article 38 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, qui, lui-même, renvoie à l'article 8 de cette même ordonnance.

Cette liste est complétée par l'article 29 de la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées. S'ajoutent également les éventuelles interdictions administratives (décisions préfectorales) de postuler à l'attribution des contrats administratifs, prises sur le fondement des dispositions du Code du travail (article L. 8272-4 du Code du travail, créé par la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité).

#### *Les condamnations pénales*

Le juge peut prononcer une interdiction de candidater à l'attribution de marchés publics dans les hypothèses où la loi le prévoit, et qui correspondent à des condamnations pour participation à une organisation criminelle, pratique de corruption, de fraude ou de blanchiment de capitaux, mais également à des cas de faute professionnelle, de fausse déclaration ou de travail illégal.

**Sont à ce titre exclues des marchés publics** :

- **les personnes qui ont fait l'objet, depuis moins de cinq ans, d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues, dans le Code pénal**, par :
  - l'article 222-8 (manipulation, dissimulation, blanchiment de capitaux liés au trafic de stupéfiants),
  - l'article 222-40 (importation, exportation, trafic, offre, cession de stupéfiants),
  - l'article 225-1 (discrimination),
  - l'article 226-13 (atteinte au secret professionnel),
  - les articles 313-1 à 313-3 (escroquerie),
  - les articles 314-1 à 314-3 (abus de confiance),
  - les articles 324-1 à 324-6 (blanchiment),
  - les articles 413-9 à 413-12 (atteinte au secret de la Défense nationale),

- les articles 421-1 à 421-2-3 ou par le deuxième alinéa de l'article 421-5 (direction, organisation ou participation à une organisation ou à un acte terroriste),
- l'article 433-1 ou par le second alinéa du 433-2 (corruption active et trafic d'influence),
- le huitième alinéa de l'article 434-9 ou par le second alinéa du 434-9-1 (entrave à l'exercice de la justice),
- les articles 435-3, 435-4, 435-9 ou 435-10 (corruption active et trafic d'influence de fonctionnaires de l'Union européenne, des États membres, d'États étrangers ou d'organisations internationales publiques),
- les articles 441-1 à 441-7 ou par l'article 441-9 (faux et usage de faux),
- l'article 445-1 (corruption passive et active des personnes n'exerçant pas une fonction publique),
- ou par l'article 450-1 (association de malfaiteurs).

De plus, l'article 131-39 du Code pénal dispose que « *lorsque la loi le prévoit* à *l'encontre d'une personne morale, un crime ou un délit peut* être *sanctionné d'une ou de plusieurs des peines suivantes* : […] *5° L'exclusion des marchés publics* à *titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus* ». Certaines dispositions pénales inscrites au sein du Code de l'environnement renvoient à cet article prévoyant l'exclusion des marchés publics comme peine complémentaire. Le prononcé de cette peine est toujours facultatif, en application du principe de personnalisation des peines ;

- **les personnes qui ont fait l'objet, depuis moins de cinq ans, d'une condamnation définitive** pour l'une des infractions prévues par l'article 1741 du **Code général des impôts** (soustraction, dissimulation, défaut de paiement en matière d'impositions) ;
- **les personnes qui ont fait l'objet, depuis moins de cinq ans, d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues aux articles** L. 2339-2 à L. 2339-4 (fabrication ou commerce de matériels, armes ou munitions et de leurs éléments essentiels) ou L. 2339-11-1 à L. 2339-11-3 **du Code de la Défense nationale** (conditions d'importation, d'exportation ou de transfert de matériels de guerre, d'armes ou de munitions), ou par l'article L. 317-8 **du Code de la sécurité intérieure** (transport de matériels de guerre, d'armes ou de munitions) ;
- **les personnes qui ont fait l'objet, depuis moins de cinq ans, d'une condamnation inscrite au bulletin n° 2 du casier judiciaire** pour les infractions mentionnées, **dans le Code du travail** :
  - à l'article L. 1146-1 (égalité professionnelle entre les femmes et les hommes),
  - aux articles L. 8221-1, L. 8221-3 ou L. 8221-5 (travail dissimulé),
  - à l'article L. 8231-1 (marchandage),
  - à l'article L. 8241-1 (prêt illicite de main-d'œuvre),
  - ou aux articles L. 8251-1 et L. 8251-2 (emploi d'étrangers sans titre de travail) ;
- **les personnes qui, au 31 décembre de l'année précédant celle au cours de laquelle a lieu le lancement de la consultation, n'ont pas mis en œuvre l'obligation de négociation** prévue à l'article L. 2242-5 du Code du travail et qui, à la date à laquelle elles soumissionnent, n'ont pas réalisé ou engagé la régularisation de leur situation.

**En pratique, ces interdictions sont récapitulées dans la rubrique F** « Attestations sur l'honneur » de la « Lettre de candidature – Habilitation du mandataire par ses cotraitants »,

appelée DC 1, que l'on trouve sur le site de ministère de l'Économie : **www.economie.gouv.fr** dans la rubrique « Marchés publics – Formulaires ».

Ainsi, tout candidat à un marché public (candidat individuel ou candidat membre d'un groupement) **doit attester sur l'honneur** :

a) Condamnation définitive

- ne pas avoir fait l'objet, depuis moins de cinq ans, d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues aux articles 222-38, 222-40, 225-1, 226-13, 313-1 à 313-3, 314-1 à 314-3, 324-1 à 324-6, 413-9 à 413-12, 421-1 à 421-2-3, au deuxième alinéa de l'article 421-5, à l'article 433-1, au second alinéa de l'article 433-2, au huitième alinéa de l'article 434-9, au second alinéa de l'article 434-9-1, aux articles 435-3, 435-4, 435-9, 435-10, 441-1 à 441-7, 441-9, 445-1 et 450-1 du Code pénal, à l'article 1741 du Code général des impôts, aux articles L. 2339-2 à L. 2339-4, L. 2339-11-1 à L. 2339-11-3 du Code de la défense et à l'article L. 317-8 du Code de la sécurité intérieure, ou pour une infraction de même nature dans un autre État de l'Union européenne ;
- ne pas être exclu des marchés publics, à titre de peine principale ou complémentaire prononcée par le juge pénal, sur le fondement des articles 131-10 ou 131-39 du Code pénal ;

b) Lutte contre le travail illégal

- ne pas avoir fait l'objet, depuis moins de cinq ans, d'une condamnation inscrite au bulletin n° 2 du casier judiciaire pour les infractions mentionnées aux articles L. 8221-1, L. 8221-3, L. 8221-5, L. 8231-1, L. 8241-1, L. 8251-1 et L. 8251-2 du Code du travail, ou pour des infractions de même nature dans un autre État de l'Union européenne ;
- pour les contrats administratifs, ne pas faire l'objet d'une mesure d'exclusion ordonnée par le préfet, en application des articles L. 8272-4, R. 8272-10 et R. 8272-11 du Code du travail ;

c) Obligation d'emploi des travailleurs handicapés ou assimilés

- pour les marchés publics et accords-cadres soumis au Code des marchés publics, être en règle, au cours de l'année précédant celle au cours de laquelle a lieu le lancement de la consultation, au regard des articles L. 5212-1 à L. 5212-11 du Code du travail concernant l'emploi des travailleurs handicapés ;

d) Liquidation judiciaire

- ne pas être soumis à la procédure de liquidation judiciaire prévue à l'article L. 640-1 du Code de commerce, ne pas être en état de faillite personnelle en application des articles L. 653-1 à L. 653-8 du même code, et ne pas faire l'objet d'une procédure équivalente régie par un droit étranger ;

e) Redressement judiciaire

- ne pas être admis à la procédure de redressement judiciaire instituée par l'article L. 631-1 du Code de commerce ou à une procédure équivalente régie par un droit étranger, ou justifier d'une habilitation à poursuivre ses activités pendant la durée prévisible d'exécution du marché public ou de l'accord-cadre ;

f) Situation fiscale et sociale

- avoir, au 31 décembre de l'année précédant celle au cours de laquelle a lieu le lancement de la consultation, souscrit les déclarations lui incombant en matière fiscale et sociale et

acquitté les impôts et cotisations exigibles à cette date, ou s'être acquitté spontanément de ces impôts et cotisations avant la date du lancement de la présente consultation ou avoir constitué spontanément avant cette date des garanties jugées suffisantes par le comptable ou l'organisme chargé du recouvrement ;

g) Marchés de défense et de sécurité

- ne pas avoir été sanctionné par la résiliation de son marché et ne pas avoir vu sa responsabilité civile engagée depuis moins de cinq ans, par une décision de justice définitive, pour méconnaissance de ses engagements en matière de sécurité d'approvisionnement ou de sécurité de l'information, ou avoir entièrement exécuté les décisions de justice éventuellement prononcées à son encontre et établir, par tout moyen, que son professionnalisme ne peut plus être remis en doute ;
- avoir la fiabilité nécessaire pour éviter des atteintes à la sécurité de l'État ;

h) Égalité professionnelle entre les femmes et les hommes

- ne pas avoir fait l'objet, depuis moins de cinq ans, d'une condamnation inscrite au bulletin n° 2 du casier judiciaire pour les infractions mentionnées à l'article L. 1146-1 du Code du travail ;
- avoir, au 31 décembre de l'année précédant celle au cours de laquelle a lieu le lancement de la consultation, mis en œuvre l'obligation de négociation prévue à l'article L. 2242-5 du Code du travail ou, à défaut, avoir réalisé ou engagé la régularisation de cette situation à la date de la soumission ;

i) que les renseignements fournis dans le formulaire DC 2, et ses annexes, sont exacts.

Ces règles sont impératives pour tout candidat à un marché public, quel que soit son montant, et donc aussi bien en marchés formalisés (appel d'offres, notamment) qu'en marchés à procédure adaptée (MAPA) (C. com., art. L. 622-9 et L. 620-1 ; lois n° 54-404 du 10 avril 1954, n° 52-401 du 14 avril 1952, n° 97-210 du 11 mars 1997 et décret n° 97-638 du 31 mai 1997).

## 3.2. Cas des entreprises en difficulté financière

### 3.2.1. L'entreprise en procédure de sauvegarde

***La procédure de sauvegarde***

Les articles L. 620-1 et suivants du Code de commerce définissent la procédure de sauvegarde d'une entreprise.

Une telle procédure est ouverte sur demande d'un débiteur qui, sans être en cessation de paiements, justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter. Un débiteur est toute personne exerçant une activité commerciale ou artisanale, tout agriculteur, toute autre personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, ainsi que toute personne morale de droit privé (article L. 620-2).

Cette procédure est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif.

Lorsqu'il existe une possibilité sérieuse pour l'entreprise d'être sauvegardée, le tribunal de commerce (si le débiteur exerce une activité commerciale ou artisanale) ou le tribunal de grande instance arrête un plan par jugement motivé. Ce plan de sauvegarde est précédé d'une période d'observation et comporte, s'il y a lieu, l'arrêt, l'adjonction ou la cession d'une ou de plusieurs activités. La durée du plan ne peut excéder dix ans.

Si l'adoption d'un plan de sauvegarde est manifestement impossible et que la clôture de la procédure conduirait de manière certaine à la cessation des paiements, le tribunal peut convertir la procédure de sauvegarde en redressement ou en liquidation judiciaire.

L'article L. 628-1 du Code de commerce institue une procédure de sauvegarde dite « accélérée » qui permet d'offrir au débiteur la possibilité de procéder à une réorganisation plus rapide de son entreprise. La sauvegarde accélérée doit respecter certaines conditions :

- elle ne peut être ouverte qu'à la demande de l'entreprise et celle-ci doit bénéficier d'une procédure de conciliation en cours ;
- l'entreprise doit avoir élaboré un projet de plan avec ses principaux créanciers lors de la conciliation ;
- l'entreprise peut être en cessation de paiements lors de l'ouverture de la procédure, à condition que cet état ne soit pas antérieur de plus de 45 jours à la demande d'ouverture de la procédure de conciliation.

#### *Conséquences du placement du titulaire en procédure de sauvegarde ou sauvegarde accélérée*

##### *Lors de la passation du marché public*

Une entreprise placée en procédure de sauvegarde **peut librement soumissionner** un marché public (en lots séparés, en groupement d'entreprises ou en sous-traitance) et n'a pas à produire de jugement à l'appui de sa candidature.

En d'autres termes, elle candidate comme si elle n'était pas en plan de sauvegarde.

##### *Lors de l'exécution du marché public*

Le prononcé de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde n'emporte pas de plein droit la résiliation des contrats en cours.

De plus, toute clause contractuelle qui prévoirait une résiliation systématique du contrat en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde (article L. 622-13 du Code du commerce) serait nulle.

La personne publique cocontractante de l'entreprise en difficulté peut interroger l'administrateur judiciaire pour savoir s'il entend poursuivre ou non le contrat. Le marché est résilié de plein droit en l'absence de réponse, dans un délai d'un mois, de l'administrateur à la mise en demeure adressée par la personne publique (III de l'article L. 622-13 du Code de commerce). L'administrateur peut également demander au juge de prononcer la résiliation (IV de l'article L. 622-13).

Dans le cadre d'une procédure de sauvegarde accélérée, les contrats sont poursuivis de plein droit. Les cas de résiliation de plein droit ainsi que la faculté offerte à l'administrateur de demander au juge le prononcé de la résiliation, prévus à l'article L. 622-13 pour la procédure de sauvegarde, ne s'appliquent pas.

### 3.2.2. L'entreprise en redressement judiciaire

#### *Le redressement judiciaire*

Les articles L. 631-1 et suivants du Code de commerce définissent la procédure de redressement judiciaire.

Une telle procédure est ouverte à tout débiteur qui, dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible, est en cessation de paiements. La procédure de redressement judiciaire est destinée à permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif.

La procédure de redressement commence **par une période d'observation** d'une durée maximale de six mois, renouvelable une fois et qui peut être exceptionnellement prolongée de six mois.

À l'issue de la période d'observation, lorsque l'entreprise a des chances d'être sauvée, le tribunal adopte **un plan de redressement** qui indique les mesures économiques de réorganisation de l'entreprise consistant en l'arrêt, l'adjonction ou la cession d'une ou plusieurs activités. La durée du plan ne peut excéder dix ans.

#### *Conséquences du placement du titulaire en redressement judiciaire*

##### *Lors de la passation du marché public*

Une entreprise en redressement judiciaire **doit produire une copie du ou des jugements** prononcés par le tribunal (article 44 du Code des marchés publics) et **justifier qu'elle est habilitée à poursuivre son activité** pendant la durée prévisible d'exécution du marché (article 8 de l'ordonnance du 6 juin 2005).

Si la durée du marché est supérieure à celle de la période d'observation définie par le juge, la candidature de l'entreprise devra être rejetée (CE, 10 novembre 2010, Ministre de la Défense).

L'entreprise est… **en période d'observation**.

Si l'entreprise en redressement judiciaire est en cours de période d'observation, elle ne pourra pas être considérée comme en situation régulière au regard de ses obligations fiscales et sociales. **Elle ne peut donc pas accéder à un marché public**.

La cour administrative d'appel de Nancy rappelle « *qu'une société en redressement judiciaire n'est recevable à soumissionner à un marché public que si elle a été habilitée à poursuivre son activité pendant la durée prévisible d'exécution du marché* ». Elle constate que « *par jugement en date du 24 novembre 2009, le tribunal de commerce de Paris a placé la société en redressement judiciaire durant une période d'observation expirant le 24 mars 2010* ; *que le délai d'exécution du lot* [auquel elle candidatait] a été fixé à *vingt mois à compter de la date de démarrage des travaux qui ne pouvait intervenir, au plus tôt, qu'en janvier 2010* ». La période d'observation fixée par le jugement du tribunal de commerce étant inférieure au délai d'exécution du marché, la cour conclut qu'« à la date limite de dépôt des candidatures, le 11 *janvier 2010, la société ne pouvait être admise à soumissionner au marché en litige* » et ce « *nonobstant sa reprise d'actifs par une autre société validée par* [le juge] *le 28 janvier 2010 à la suite d'un rapport émis en ce sens par l'administrateur judiciaire dès le 5 janvier 2010* ». Dès lors, la requête de l'office est rejetée (CAA Nancy, 28 novembre 2013, OPH Metz Habitat Territoire).

L'entreprise a… **un plan de redressement**.

En revanche, **une entreprise bénéficiant d'un plan de redressement peut se voir attribuer un marché**, lorsque la date à laquelle est appréciée sa situation se situe après l'adoption du plan de redressement (lettre-circulaire du 24 juin 2008 de l'Agence centrale des organismes de sécurité sociale (Acoss)). Dans ce cas, l'attestation de régularité fiscale et sociale pourra être délivrée si le plan de redressement est respecté, soit au 31 décembre de l'année précédant l'envoi de l'avis d'appel public à la concurrence, soit à la date d'envoi de cet avis.

Lorsque le redressement judiciaire intervient **en cours de passation du marché**.

Dans l'hypothèse où l'entreprise candidate à l'attribution d'un marché public est placée en redressement judiciaire après la date limite fixée pour le dépôt des offres, elle doit en informer sans délai le pouvoir adjudicateur. Ce dernier a l'obligation de vérifier si l'entreprise est autorisée à poursuivre son activité au-delà de la durée d'exécution du marché et d'apprécier si sa candidature reste recevable. Dans la négative, le pouvoir adjudicateur ne peut poursuivre la procédure avec cette société. Le juge du référé précontractuel se place à la date à laquelle il statue et retient l'ensemble des éléments pertinents pour apprécier la recevabilité des candidatures (CE, 26 mars 2014, Commune de Chaumont).

**Fraude si dissimulation du redressement judiciaire**. Le fait pour une entreprise de dissimuler une situation de redressement judiciaire est constitutif d'une fraude et autorise la commission d'appel d'offres ou le pouvoir adjudicateur à reprendre l'examen des offres (CE, 8 décembre 1997, Société A2IL).

**Mais la fraude n'est pas reconnue lorsque le pouvoir adjudicateur a omis de vérifier la régularité de la situation du candidat** : c'est alors la procédure entière qui est entachée d'irrégularité (CAA Paris, 23 novembre 2004, Département de Seine-Saint-Denis).

#### *Lors de l'exécution du marché public*

Toute clause contractuelle qui prévoirait une résiliation systématique du contrat en cas d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire (article L. 631-14 du Code du commerce) serait nulle.

Lorsqu'une entreprise titulaire d'un marché public fait l'objet d'une mesure de redressement judiciaire, la personne publique peut adresser une mise en demeure à l'administrateur, qui dispose d'un délai d'un mois pour se prononcer sur la poursuite du marché en cours (articles L. 622-13 et L. 631-14 du Code de commerce).

Conformément aux dispositions prévues dans les CCAG, « *en cas de redressement judiciaire, le marché est résilié, si après mise en demeure de l'administrateur judiciaire, dans les conditions prévues à l'article L. 622-13 du Code de commerce, ce dernier indique ne pas reprendre les obligations du titulaire.* […] *La résiliation, si elle est prononcée, prend effet à la date de l'événement. Elle n'ouvre droit, pour le titulaire, à aucune indemnité.* »

Si l'administrateur judiciaire se prononce pour la continuation du contrat, la personne publique ne peut, sans commettre de faute, procéder à sa résiliation de manière unilatérale, sauf motif d'intérêt général caractérisé (CE, 24 octobre 1990, Régie immobilière de la Ville de Paris).

### 3.2.3. L'entreprise en procédure de liquidation judiciaire

#### *La liquidation judiciaire*

Les articles L. 640-1 et suivants du Code de commerce définissent la procédure de liquidation judiciaire.

Une telle procédure est ouverte à tout débiteur en cessation de paiements et dont le redressement est manifestement impossible. La procédure de liquidation judiciaire est destinée à mettre fin à l'activité de l'entreprise ou à réaliser le patrimoine du débiteur par une cession globale ou séparée de ses droits et de ses biens. Le tribunal statue sur l'ouverture de la procédure.

#### *Conséquences du placement de l'entreprise en liquidation judiciaire*

##### *Lors de la passation du marché public*

Cette entreprise **ne peut pas soumissionner un marché public**. Sa candidature doit être rejetée (article 43 du Code des marchés publics renvoyant aux articles 8 et 38 de l'ordonnance du 6 juin 2005).

##### *Lors de l'exécution du marché public*

Toute clause contractuelle qui prévoirait une résiliation systématique du contrat en cas d'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire (article L. 641-11-1 du Code de commerce) ou de sauvegarde accélérée (article L. 628-1 du Code de commerce) serait nulle.

La mise en liquidation judiciaire d'une entreprise a pour effet d'interrompre l'exercice de ses activités. Celle-ci n'est donc plus en mesure de remplir les obligations contractuelles qui découlent d'un marché public dont elle est titulaire. Elle en informe donc le pouvoir adjudicateur en produisant une copie du jugement de liquidation judiciaire qui désigne le liquidateur.

Le pouvoir adjudicateur adresse ensuite une mise en demeure au liquidateur de se prononcer sur la poursuite de l'exécution du contrat.

Conformément aux dispositions prévues dans les CCAG, lorsque les marchés y font référence : « *en cas de liquidation judiciaire du titulaire, le marché est résilié, si, après mise en demeure du liquidateur, dans les conditions prévues à l'article L. 641-10 du Code de commerce, ce dernier indique ne pas reprendre les obligations du titulaire. La résiliation, si elle est prononcée, prend effet à la date de l'événement. Elle n'ouvre droit, pour le titulaire, à aucune indemnité* ».

Si le liquidateur confirme que l'entreprise n'est plus en mesure d'exécuter les prestations du marché ou en l'absence de réponse au bout d'un mois (ce délai pouvant être diminué ou augmenté, dans la limite de deux mois, par le juge-commissaire), l'acheteur public est fondé à prononcer la résiliation de plein droit du marché sans indemnisation du titulaire (article L. 641-11-1 du Code de commerce).

La seule exception à la possibilité de résilier est la situation dans laquelle le prononcé de la liquidation judiciaire s'accompagne d'une période de maintien de l'activité de l'entreprise, auquel cas le liquidateur peut exiger l'exécution des contrats en cours. Préalablement à la résiliation du contrat, le pouvoir adjudicateur doit donc vérifier que la mise en liquidation judiciaire du contractant n'est pas assortie d'une période de maintien de l'activité.

Si le liquidateur se prononce pour la continuation du contrat, la personne publique ne peut, sans commettre de faute, procéder à sa résiliation de manière unilatérale.

La survenance de la liquidation judiciaire ne permet pas de bénéficier d'un remboursement anticipé de la retenue de garantie. Cette dernière ne pourra être versée au liquidateur judiciaire qu'un mois après l'expiration du délai de garantie d'un an (article 103 du Code des marchés publics) à condition qu'aucune réserve n'ait été formulée ou que les réserves aient été entièrement levées.

### 3.2.4. L'entreprise en procédure de rétablissement professionnel

#### *La procédure de rétablissement professionnel*

La procédure de rétablissement professionnel, prévue aux articles L. 645-11 et suivants du Code de commerce, est destinée aux entrepreneurs individuels, personnes physiques, qui n'ont pas de salarié et dont l'actif est inférieur à un certain seuil. Inspirée du rétablissement personnel des procédures de surendettement des particuliers, elle offre au débiteur la possibilité de bénéficier d'un effacement de ses dettes.

#### *Conséquences du placement du titulaire en rétablissement professionnel pendant l'exécution du marché*

La procédure de rétablissement professionnel est sans incidence sur la poursuite des contrats en cours. Le Code de commerce ne prévoit pas, en effet, de dispositions équivalentes à celles existant pour les procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire.

### 3.2.5. RJ ou LJ : comment remplacer une entreprise défaillante

« *En cas de redressement judiciaire, le titulaire du marché n'est pas dispensé d'accomplir ses obligations contractuelles vis-à-vis du pouvoir adjudicateur. Toutefois, conformément à l'article 46.1.2 du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux, "en cas de redressement judiciaire, le marché est résilié, si après mise en demeure de l'administrateur judiciaire, dans les conditions prévues à l'article L. 622-13 du Code de commerce, ce dernier indique ne pas reprendre les obligations du titulaire". Aux termes du même article, "en cas de liquidation judiciaire du titulaire, le marché est résilié si, après mise en demeure du liquidateur, dans les conditions prévues à l'article L. 641-10 du Code de commerce, ce dernier indique ne pas reprendre les obligations du titulaire". Dans les deux cas, la résiliation "n'ouvre droit, pour le titulaire, à aucune indemnité". En cas de résiliation, les nouveaux cahiers des clauses administratives générales règlent également les incidences d'une mise en redressement ou d'une mise en liquidation d'une société quant à la poursuite du marché public en cours, s'il y a lieu. Toutefois, la résiliation ne peut être décidée par la personne publique sans avoir au préalable mis en demeure l'administrateur judiciaire afin qu'il établisse les modalités d'exécution du marché. Si le redressement ou la liquidation judiciaire concerne une société qui participe aux côtés d'autres titulaires à la réalisation d'un marché, il est pourvu à son remplacement selon les procédures de marché de droit commun. Ainsi, il ne peut être recouru aux procédures négociées sans publicité ni mise en concurrence préalables, prévues à l'article 35 du Code des marchés publics (CMP), que si les conditions restrictives à leur mise en œuvre sont remplies. C'est notamment le cas des procédures décrites à l'article 35-II-1° du CMP : "pour faire face à une urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles pour le pouvoir adjudicateur et n'*étant pas de son fait, et dont les conditions de passation ne sont pas

compatibles avec les délais exigés par les procédures d'*appel d'offres ou de marchés négociés avec publicité et mise en concurrence préalables", ou à l'article 35-II-8°, selon lequel le marché ne peut être confié "qu'*à un opérateur économique déterminé pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'*exclusivité". Il appartient au pouvoir adjudicateur de dûment justifier le recours à ces procédures, ces dispositions étant d'interprétation stricte. En dehors des procédures dérogatoires, il convient de souligner qu'en matière de travaux, l'article 27 du CMP énonce que pour définir les seuils et donc les procédures utilisables, "sont prises en compte la valeur globale des travaux se rapportant à une opération portant sur un ou plusieurs ouvrages". Le nouveau marché doit donc être passé selon les mêmes procédures que le marché d'origine. Il est cependant rappelé, à ce titre, que si le marché d'origine a fait l'objet d'un allotissement et que, conformément au III de l'article 27 précité, le lot considéré fait l'objet d'une procédure adaptée, le nouveau marché pourra être passé selon la même procédure* » (Réponse du ministère de l'Intérieur publiée dans le *JO Sénat* du 30/10/2014, p. 2441).

## 3.3. Les critères de sélection des candidatures (CMP, art. 44 et 45)

### 3.3.1. Les documents et renseignements que le maître d'ouvrage peut exiger

**La liste des renseignements** et documents à fournir par le candidat est fixée par **l'article 45** du Code des marchés publics et précisée par **l'arrêté du 28 août 2006** du ministre chargé de l'Économie fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats.

Ces renseignements ou documents doivent permettre d'évaluer l'expérience, les capacités professionnelles, techniques et financières du candidat. Le maître d'ouvrage doit choisir dans cette liste les documents ou les renseignements qu'il demandera aux candidats, dans la mesure où ils sont nécessaires à l'appréciation des capacités des candidats et ce, en fonction de l'objet du marché.

Il s'agit d'une **liste limitative**. Le pouvoir adjudicateur ne peut exiger des candidats que des renseignements ou documents permettant d'évaluer leur expérience, leurs capacités professionnelles, techniques et financières ainsi que des documents relatifs aux pouvoirs des personnes habilitées à les engager.

**Le Conseil d'État précise que la liste établie à l'article 45 est d'interprétation stricte**. Au stade de l'appel d'offres, l'acheteur public ne peut exiger des candidats qu'ils fournissent d'autres pièces que celles permettant d'évaluer leurs capacités professionnelles, techniques et financières. Pour la passation d'un marché d'enrobés sur routes, le département de l'Orne avait exigé des candidats qu'ils justifient, au stade de la première enveloppe, d'autorisations d'installation pour une centrale d'enrobés. La société Toffolutti, évincée du marché pour ne pas avoir fourni ce document, a saisi le juge des référés précontractuels, qui a alors annulé la procédure de passation et enjoint le président du conseil général de ne pas signer ce marché. Le Conseil d'État précise que « *ces dispositions n'autorisent pas l'acheteur public, quand bien même l'exécution du marché suppose comme en l'espèce l'obtention d'autorisations sur le fondement des dispositions des articles L. 511-1 du Code de l'environnement, relatifs aux installations qui peuvent présenter des dangers ou des inconvénients, à exiger des entreprises concernées qu'elles attestent dès le stade de la candidature qu'elles possèdent les autorisations requises ou qu'elles ont reçu récépissé d'une demande* (CE, 21 novembre 2007, Département de l'Orne).

**Le pouvoir adjudicateur ne peut demander que le ou les renseignements et le ou les documents suivants** :

- déclaration concernant le **chiffre d'affaires** global et le chiffre d'affaires concernant les fournitures, services ou travaux objet du marché, réalisés au cours des trois derniers exercices disponibles ;
- **déclaration appropriée de banques** ou preuve d'une assurance pour les risques professionnels (concrètement, il pourra s'agir d'**un courrier de l'assureur** attestant que l'entreprise candidate est assurée en responsabilité civile et en responsabilité décennale) ;
- **bilans ou extraits de bilans**, concernant les trois dernières années, des opérateurs économiques pour lesquels l'établissement des bilans est obligatoire en vertu de la loi. (en pratique, il s'agit des tableaux 2050, 2051, 2052 et 2053 de la liasse fiscale correspondant à l'actif, au passif et au compte de résultat) ;
- **déclaration indiquant les effectifs moyens annuels** du candidat et l'importance du personnel d'encadrement pour chacune des trois dernières années ;
- présentation d'une liste des principales fournitures ou des principaux services effectués au cours des trois dernières années, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé. Les livraisons et les prestations de services sont prouvées par des attestations du destinataire ou, à défaut, par une déclaration de l'opérateur économique ;
- **présentation d'une liste des travaux exécutés au cours des cinq dernières années**, appuyée d'attestations de bonne exécution pour les travaux les plus importants. Ces attestations indiquent le montant, l'époque et le lieu d'exécution des travaux, et précisent s'ils ont été effectués selon les règles de l'art et menés régulièrement à bonne fin ;
- **indication des titres d'études et professionnels de l'opérateur économique** et/ou des cadres de l'entreprise, et notamment des responsables de prestation de services ou de conduite des travaux de même nature que celle du marché ;
- **déclaration indiquant l'outillage, le matériel et l'**équipement technique dont le candidat dispose pour la réalisation de marchés de même nature ;
- en matière de fournitures et services, une description de l'équipement technique, des mesures employées par l'opérateur économique pour s'assurer de la qualité et des moyens d'étude et de recherche de son entreprise ;
- **certificats de qualifications professionnelles**. Le pouvoir adjudicateur, dans ce cas, précise que la preuve de la capacité du candidat peut être apportée par tout moyen, notamment par des certificats d'identité professionnelle ou des références de travaux attestant de la compétence de l'opérateur économique à réaliser la prestation pour laquelle il se porte candidat ;
- certificats établis par des services chargés du contrôle de la qualité et habilités à attester la conformité des fournitures par des références à certaines spécifications techniques. Le pouvoir adjudicateur acceptera toutefois d'autres preuves de mesures équivalentes de garantie de la qualité produites par les candidats, si ceux-ci n'ont pas accès à ces certificats ou n'ont aucune possibilité de les obtenir dans les délais fixés ;
- échantillons, descriptions et/ou photographies des fournitures ;
- renseignements relatifs à la nationalité du candidat pour les marchés passés dans le domaine de la défense.

**Impossibilité d'exiger des copies certifiées conformes**. L'article 1er du décret n° 2001-899 du 1er octobre (+ circulaire d'application du 1er octobre 2001) indique : « *Les administrations,*

*services et établissements publics de l'État ou des collectivités territoriales, ou les entreprises, caisses et organismes contrôlés par l'État, ne peuvent exiger, dans les procédures administratives qu'ils instruisent, la certification conforme à l'original des photocopies de documents délivrés par l'un d'entre eux, et pour lesquelles une simple photocopie n'est pas déjà admise par un texte réglementaire*. » Ce n'est qu'en cas de doute sur la validité de la copie produite ou envoyée qu'il est possible de demander la production de l'original. En conséquence, les attestations fiscales et sociales demandées au candidat retenu avant qu'il ne soit déclaré attributaire du marché, pourront être de simples photocopies, à condition qu'elles soient lisibles.

**Le pouvoir adjudicateur doit indiquer les documents ou renseignements au vu desquels il entend opérer la sélection des candidatures, mais pas les conditions de mise en œuvre de ces critères**. « *Lorsque le pouvoir adjudicateur décide de limiter le nombre des candidats admis à présenter une offre, il lui appartient* [y compris en MAPA] *d'assurer l'information appropriée des candidats sur les critères de sélection de ces candidatures dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats. Cette information appropriée suppose que le pouvoir adjudicateur indique aussi les documents ou renseignements au vu desquels il entend opérer la sélection des candidatures. Mais cette information appropriée n'implique, en revanche, pas que le pouvoir adjudicateur indique les conditions de mise en œuvre des critères de sélection des candidatures* » (CE, 24 février 2010, Communauté de communes de l'Enclave des papes).

### 3.3.2. Le DC 2

Un modèle de déclaration du candidat, le DC 2, est élaboré par le ministère de l'Économie et disponible sur son site **www.economie.gouv.fr** à la rubrique « Marchés publics – Formulaires ».

**Le pouvoir adjudicateur peut imposer l'utilisation des formulaires**. Il est possible pour l'acheteur public d'exiger des candidats qu'ils utilisent, à peine d'irrecevabilité, ce formulaire pour présenter leur offre, mais en contrepartie, il doit y renvoyer dans l'AAPC et indiquer que les renseignements attendus sont ceux fixés à l'article 45 du Code des marchés publics (CE, 21 novembre 2007, Département du Var).

### 3.3.3. Prise en compte des capacités d'un autre opérateur

Pour justifier de ses capacités professionnelles, techniques et financières, le candidat peut demander que soient également prises en compte les capacités professionnelles, techniques et financières d'autres opérateurs économiques, quelle que soit la nature juridique des liens existant entre ces opérateurs et lui. Dans ce cas, il justifie des capacités de ce ou ces opérateurs économiques et **apporte la preuve qu'il en disposera pour l'exécution du marché** (cf. art. 45 du Code des marchés publics).

### 3.3.4. Dispense de fournir certains documents

**Dispense de fournir les documents que le pouvoir adjudicateur peut obtenir directement**. Les candidats ne sont pas tenus de fournir les documents et renseignements que le pouvoir adjudicateur peut obtenir directement par le biais d'un système électronique de mise à disposition d'informations administré par un organisme officiel ou d'un espace de stockage numérique, à condition que figurent dans le dossier de candidature toutes les informations nécessaires à la consultation de ce système ou de cet espace et que l'accès à ceux-ci soit gratuit.

**Dispense de fourniture des documents déjà transmis**. Le pouvoir adjudicateur peut prévoir, dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation, que les candidats ne sont pas tenus de fournir les documents et renseignements qui lui ont déjà été transmis dans le cadre d'une précédente consultation et qui demeurent valables (article 45-VI du Code des marchés publics).

### 3.3.5. Le chiffre d'affaires

En imposant aux candidats à un marché de justifier d'un chiffre d'affaires égal au montant cumulé des trois lots du marché, sans justifier qu'une telle exigence était rendue nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser, la personne publique méconnaît ses obligations de mise en concurrence (CE, 17 novembre 2006).

**Un acheteur peut écarter une offre pour un manque de capacité financière lorsqu'il a connaissance de ce manque de capacité financière après l'analyse des candidatures effectuée**. La cour administrative d'appel de Versailles a jugé légal le fait, pour un acheteur public, de pouvoir éliminer une offre pour défaut de capacité financière d'un candidat admis à présenter une offre : « *Afin de ne pas méconnaître les règles de mise en concurrence et notamment le principe d'égalité entre les candidats, la commission d'appel d'offres est en droit d'écarter, bien qu'elle ait, dans un premier temps, été admise à concourir, l'offre d'une entreprise qui ne dispose pas des qualifications financières ou techniques requises. Ainsi, la CAO, qui avait retenu l'entreprise en cause au stade de la sélection des candidats, était cependant en droit d'écarter son offre en raison de ses garanties financières insuffisantes à la date où celles-ci devaient ainsi être appréciées* (CAA Versailles, 5 février2009).

**L'exigence en matière de chiffre d'affaires ne doit pas restreindre l'accès à la concurrence**. Dans une espèce où le pouvoir adjudicateur avait demandé aux candidats de justifier un chiffre d'affaires d'un montant minimum de cinq millions d'euros sur trois années consécutives, égal à vingt-quatre fois le seuil minimal du marché à bons de commande, qui seul engage la collectivité, et à six fois son seuil maximal, « *la cour d'appel de Versailles estime qu'il résulte des dispositions précitées* [articles 1, 45 et 52 du Code des marchés publics] *que s'il est loisible à l'acheteur public d'exiger la détention, par les candidats à l'attribution d'un marché public, de documents comptables et de références de nature à attester de leurs capacités, cette exigence, lorsqu'elle a pour effet de restreindre l'accès au marché à des entreprises, doit être objectivement rendue nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser. Que dans les circonstances de l'espèce,* ***en imposant un tel niveau de capacité financière aux candidats au marché, alors qu'elle n'a fourni aucun élément établissant que cette exigence était rendue nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser, la commune de Brunoy a méconnu les obligations de mise en concurrence*** *auxquelles était soumise la passation du marché en litige et que cette méconnaissance est de nature à entraîner l'annulation dudit marché* » (CAA de Versailles, 25 mai 2010, Préfet de l'Essonne c/ Commune de Brunoy).

**Sélection des candidatures** : **les documents pouvant être demandés sont limités**. Le Conseil d'État rappelle « *que lorsqu'il décide de limiter le nombre des candidats admis à présenter une offre, le pouvoir adjudicateur ne peut exiger des candidats, pour sélectionner ceux qui seront admis à présenter une offre, que les renseignements et documents prévus par l'arrêté du 28 août 2006, pris pour l'application des dispositions de l'article 45* ». Il constate qu'en l'espèce « *le ministère de la Défense a, pour procéder à la sélection des candidats admis à présenter une offre, exigé, dans l'avis d'appel public à la concurrence et dans le règlement de consultation annexé, la production d'une note présentant la composition de l'équipe dédiée au projet ainsi que l'organisa-*

*tion mise en place pendant la phase de conception et pendant les phases de réalisation, de mise en service et de maintenance de l'ouvrage, avec la définition des rôles et responsabilités des membres de ces équipes et de leur méthodologie de travail* ». Il juge que « *ces renseignements et documents ne sont pas au nombre de ceux qui sont limitativement prévus par l'arrêté du 28 août 2006 ; que ce manquement du pouvoir adjudicateur est susceptible d'avoir lésé la société requérante* ». La procédure est annulée (CE, 11 avril 2014, Ministère de la Défense).

À **noter que, depuis le décret n° 2014-1097 du 26 septembre 2014**, l'article 45 du Code des marchés publics précise que lorsque le pouvoir adjudicateur demande un chiffre d'affaires annuel minimal donné, **ce niveau minimal ne peut être supérieur à deux fois le montant estimé du marché ou du lot,** sauf justifications liées à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution. S'il demande un niveau minimal supérieur à ce plafond, il le justifie dans les documents de la consultation ou dans le rapport de présentation mentionné à l'article 79.

### 3.3.6. Niveaux minimaux de capacité

Il ne peut être exigé des candidats **que des niveaux minimaux de capacités liés et proportionnés à l'objet du marché**. **Leur fixation dans l'AAPC n'est pas obligatoire**. « *Si ces dispositions [relatives au niveau minimum de capacité] font obligation au pouvoir adjudicateur de contrôler les garanties professionnelles, techniques et financières des candidats à l'attribution d'un marché public au vu des documents ou renseignements demandés à cet effet* […], *le pouvoir adjudicateur n'est, en revanche, pas tenu de préciser dans les avis d'appel à la concurrence des niveaux minimaux de capacités professionnelles, techniques et financières exigés des candidats* » (CE, 8 août 2008, arrêts Commune de Nanterre, Centre hospitalier Edmond Garcin, Région Bourgogne ; et CE, sect., 3 octobre 2008, SMIRGEOMES).

**Les exigences du pouvoir adjudicateur quant aux moyens matériels dont disposent les candidats doivent être rendues nécessaires par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser**. Dans un arrêt du 6 mars 2009, le Conseil d'État a précisé l'appréciation du juge sur l'utilisation des niveaux minimaux de capacité imposés dans les avis d'appel public à la concurrence par les acheteurs publics. En l'espèce, la commune de Savigny-sur-Orge a lancé une procédure pour la passation d'un marché public de prestations de balayage et de lavage des caniveaux et des trottoirs. Suite au recours d'un candidat évincé, le Conseil d'État estime que le juge doit s'assurer que les exigences telles que les niveaux spécifiques minimaux exigés qui ont pour effet de limiter la concurrence en restreignant le nombre des candidats possibles, « *sont objectivement rendues nécessaires par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser*. Il a conclu, en l'espèce, que le juge des référés du tribunal administratif de Versailles avait dénaturé les pièces du dossier en jugeant que les exigences imposées par la commune n'étaient pas justifiées (CE, 6 mars 2009, Commune de Savigny-sur-Orge).

**Les entreprises candidates à un marché peuvent prouver leur capacité technique par une déclaration**. « *Si la directive permet au pouvoir adjudicateur, sans l'y obliger, d'exiger des certificats émis ou contresignés par l'autorité compétente lorsque le destinataire du service a été un pouvoir adjudicateur, elle n'a pas entendu exclure, dans cette hypothèse, que la capacité technique des entreprises candidates soit prouvée par une déclaration de celles-ci, ce mode de preuve étant susceptible de faciliter la preuve par les candidats de leurs capacités techniques, favorisant ainsi une plus grande concurrence* » (CE, 5 novembre 2008, Commune de Saint-Nazaire et communauté d'agglomération de la région nazairienne et de l'Estuaire).

### 3.3.7. *Quid* des entreprises défaillantes dans un précédent marché ?

**Un pouvoir adjudicateur peut-il évincer un candidat au seul motif d'une insatisfaction liée à l'exécution d'un précédent marché ?**

**Oui, dans certaines conditions…** Une entreprise ne peut faire l'objet ni d'une exclusion de principe des marchés d'une collectivité, ni d'une exclusion motivée par le contentieux qui l'oppose à ladite collectivité. Sa candidature peut, en revanche, être écartée à raison des problèmes rencontrés sur différents chantiers gérés par l'entreprise : des retards sur d'autres opérations, le non-respect de certaines prescriptions d'un contrat d'entretien des installations de balisage, de sécurité et d'alarme des bâtiments communaux passé avec collectivité, et de par la dégradation des relations entretenues avec l'entreprise en question, se traduisant par des mises en cause nominatives d'un responsable des services de la ville. Une éviction fondée sur de tels motifs ne procède pas d'une rupture d'égalité entre les candidats (CE, 24 novembre 2008, Société ELALE).

**… mais toujours au stade de la candidature.**

Le Conseil d'État a considéré qu'un maître d'ouvrage pouvait écarter la candidature d'une entreprise « *en raison de difficultés qui avaient affecté la réalisation de travaux antérieurs* » qui lui avaient été confiés (CE, 27 février 1987, Hôpital départemental Esquirol).

Le pouvoir d'évincer une entreprise pour des incompétences passées relève, par conséquent, de la candidature. Pour autant, **le pouvoir adjudicateur ne peut, sans ouvrir l'enveloppe contenant les pièces relatives à la candidature, rejeter une entreprise avec laquelle il aurait connu des difficultés lors d'un précédent chantier**. La cour d'appel de Nancy a considéré que « *sans ouvrir la première enveloppe en raison de difficultés qu'elle avait rencontrées dans l'exécution d'un précédent marché ayant le même objet, la commission d'appel d'offres a méconnu les dispositions* [relatives à la candidature] *du Code des marchés publics* » (CAA Nancy, 12 mai 2005, Département de la Moselle).

Si un maître d'ouvrage **peut écarter une entreprise pour un motif antérieur d'insatisfaction, il doit, avant cela, apprécier l'ensemble des éléments relatifs à la candidature**. En effet, une entreprise doit toujours pouvoir arguer de changements internes, de nouvelles méthodes de travail, pour justifier de sa capacité à exécuter le marché objet de la consultation (références récentes, moyens en personnel nouveau ou/et mieux formé…). C'est pourquoi, si la jurisprudence reconnaît la faculté d'écarter une entreprise pour de précédents manquements, elle encadre strictement la méthode à suivre par le pouvoir adjudicateur pour parvenir à cette décision : le pouvoir adjudicateur devra préalablement apprécier l'ensemble des références de l'entreprise, et pourra, ensuite, mettre en balance le dossier de candidature avec les manquements précédents. La jurisprudence contraint donc le pouvoir adjudicateur à une véritable analyse des capacités de l'entreprise avant de pouvoir ensuite les confronter aux reproches formulés à l'encontre d'un candidat. La cour administrative d'appel de Paris a considéré que « *pour évaluer les garanties, la commission d'appel d'offres ne peut se fonder uniquement sur les seuls manquements allégués d'une entreprise dans l'exécution de précédents marchés, sans rechercher si d'autres éléments du dossier de candidature de la société permettent à celle-ci de justifier de telles garanties ; qu'ainsi, en écartant la candidature de la société GAR, en se fondant uniquement sur l'existence de litiges opposant cette société au maître d'œuvre dans des opérations similaires, sans examiner dans son ensemble le dossier de candidature de la société, la commission d'appel d'offres a entaché sa décision d'une erreur de droit* ». En l'espèce, la cour d'appel estime que la seule existence de litiges opposant le candidat à un maître d'œuvre dans des opérations

similaires est insuffisante à justifier la décision d'éviction (CAA Paris, 2 octobre 2007, société GAR).

**La commission d'appel d'offres ne peut se fonder uniquement sur les seuls manquements allégués d'une entreprise dans l'exécution de précédents marchés, sans rechercher si d'autres éléments du dossier de candidature de la société permettent à celle-ci de justifier de telles garanties** : « *Considérant qu'il résulte de l'instruction que la commission d'appel d'offres de la région Lorraine a écarté la candidature de la société ACE BTP en raison de l'insuffisance de ses références relatives à des prestations similaires, compte tenu de ses prestations antérieures et de l'absence de garanties nouvelles suffisantes ; que la commission d'appel d'offres a pris en compte, pour apprécier les prestations antérieures similaires de la société, ses manquements allégués dans le cadre de précédents marchés, notamment son absence, non contestée, à des réunions hebdomadaires de chantier contractuellement prévues et les conditions dans lesquelles elle a accompli sa mission de sécurité sur un chantier où précisément un incendie s'est déclaré ; qu'il est par ailleurs constant que la société ACE BTP ne justifie pas avoir fourni des références autres que celles relatives à ces marchés précédemment conclus avec la région Lorraine ; que, dans ces circonstances, la commission d'appel d'offres a pu valablement écarter sa candidature à raison de l'insuffisance de ses capacités professionnelles* » (CE, 10 juin 2009, Région Lorraine).

**Groupement d'entreprises, éviction d'un candidat pour mauvaise exécution de marchés antérieurs**. L'exécution médiocre de marchés antérieurs a été retenue pour justifier non pas le rejet de la candidature individuelle de l'entreprise qui s'en était rendue coupable, mais l'éviction des quatre groupements d'entreprises dont elle faisait partie (CAA Nantes, 4 décembre 2009, Société Conceptic'art).

**Impossibilité de se borner à rejeter la candidature de l'entreprise défaillante lors d'un précédent marché**. Selon la cour, le pouvoir adjudicateur « *ne peut se fonder uniquement sur les seuls manquements d'une entreprise dans l'exécution de précédents marchés, sans rechercher si d'autres éléments du dossier de candidature de la société permettent à celle-ci de justifier de garanties techniques, professionnelles et financières* ». La cour constate qu'en l'espèce, la commission d'appel d'offres de l'Opievoy s'est bornée à rejeter chacune des candidatures de la société en lui retournant l'enveloppe contenant le dossier de candidature non ouverte et en faisant état de « *l'insatisfaction rencontrée au cours de l'exécution d'un précédent marché* ». Ainsi, en s'abstenant de rechercher si d'autres éléments des dossiers de candidature permettaient à l'entreprise de justifier des garanties requises pour soumissionner six appels d'offres, la commission d'appel d'offres a entaché chacune de ses décisions d'une erreur de droit. L'entreprise a donc été irrégulièrement évincée des procédures d'attribution afférentes à ces six appels d'offres. Toutefois, lorsqu'une entreprise candidate à l'attribution d'un marché public demande la réparation du préjudice né de son éviction irrégulière, il appartient au juge de vérifier si l'entreprise était ou non « *dépourvue de toute chance de remporter ce marché* ». Sur ce point, la cour juge « *qu'en se bornant à soutenir qu'elle a été irrégulièrement évincée des appels d'offres en litige sans démontrer qu'elle n'était pas dépourvue de toute chance d'obtenir les marchés précités, l'entreprise n'est pas fondée à solliciter l'indemnisation du manque à gagner à hauteur de 891 480,62 euros qu'elle escomptait de ces marchés ; qu'elle n'est pas davantage fondée à solliciter l'indemnisation de l'atteinte à sa réputation dont elle aurait été victime du fait des agissements de l'Opievoy dès lors, d'une part, qu'elle ne démontre pas son affaiblissement sur le marché, et, d'autre part, que la résiliation du marché était fondée* » (CAA Versailles, 19 octobre 2013, Opievoy).

**En l'absence de toute autre référence, possibilité de rejeter la candidature d'une entreprise défaillante lors d'un précédent marché**. La cour administrative d'appel de Marseille

rappelle que « pour *éliminer la candidature d'une entreprise, la commission d'appel d'offres ne peut se fonder uniquement sur les seuls manquements de cette dernière dans l'exécution de précédents marchés, sans rechercher si d'autres éléments contenus dans le dossier de candidature de la société permettent à celle-ci de justifier des garanties exigées* ». La cour constate que la société a joint à son dossier de candidature uniquement les annexes du précédent marché de nettoyage conclu entre elle et l'OPH. Elle n'a fourni aucune autre référence portant sur des services similaires à l'objet du marché envisagé. La cour juge qu'« *en l'absence de toute autre référence, la commission d'appel d'offres a pu légalement se fonder sur l'exécution de ce précédent marché auquel faisait exclusivement référence la société candidate, en vue d'apprécier ses capacités techniques* ». Ainsi, la commission d'appel d'offres pouvait donc valablement rejeter la candidature de ladite société en se fondant sur le motif selon lequel cette dernière n'apportait pas les garanties suffisantes de bonne exécution « *compte tenu des nombreux manquements dans l'exécution du précédent marché* » (CAA Marseille, 23 juin 2014, OPH de la Communauté d'agglomération de Montpellier).

### 3.3.8. *Quid* des entreprises nouvellement créées ou des entreprises sans expérience ?

**Il faut prendre en compte les sociétés nouvellement créées**. Le juge des référés du tribunal administratif de Poitiers a commis une erreur de droit en annulant une procédure du simple fait que la commune avait méconnu le règlement de la consultation en retenant la candidature d'une société qui n'avait pu fournir les déclarations de chiffre d'affaires et les références des prestations similaires exécutées demandées dans ce règlement. Pour le Conseil d'État, il incombait à l'acheteur, *« en application des articles 45 et 52 du* Code des marchés publics, de permettre aux entreprises de création récente de justifier de leurs capacités financières, techniques et références professionnelles par tout autre moyen » : « *qu'en jugeant ainsi que la mention, dans le règlement de la consultation, de ces seuls documents et renseignements imposait au pouvoir adjudicateur de rejeter la candidature des entreprises de création récente qui n'avaient pu les fournir, alors qu'il lui incombait, en application des articles 45 et 52 du Code des marchés publics, de permettre aux entreprises de création récente de justifier de leurs capacités financières, techniques et références professionnelles par tout autre moyen, le juge des référés du tribunal administratif de Poitiers a commis une erreur de droit* ; *que, par suite, la COMMUNE DE SAINT-BENOÎT est fondée à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée* » (Conseil d'État, 9 mai 2012, Commune de Saint-Benoît).

**Pour attribuer un marché à une société sans expérience, il faut vérifier ses capacités**. Il est possible d'attribuer un marché à une société récente ne possédant ni référence ni expérience, mais à condition de fonder cette décision d'attribution sur des documents permettant d'apprécier la capacité du candidat. La cour administrative d'appel de Bordeaux estime que « *la seule circonstance que la société attributaire était de création récente ne pouvait l'empêcher de concourir ni faire regarder son offre comme nécessairement incomplète, quand bien même elle n'aurait pu produire certains documents financiers et des références techniques et quand bien même le règlement de l'appel d'offres ne prévoyait pas expressément de dispositions particulières pour les entreprises récentes* » (CAA Bordeaux, 30 octobre 2014, Collectivité d'outre-mer Saint-Martin).

### 3.3.9. L'expérience du candidat

**MAPA. Critère relatif à l'expérience possible des candidats au stade de l'offre**. Alors que la solution jurisprudentielle classique considère que le critère de l'expérience des candidats ne peut être mis en œuvre au stade des offres (CE, 29 décembre 2006, Société Bertele), le Conseil d'État tempère son raisonnement pour les MAPA. Il considère que les dispositions de l'article 53 du Code des marchés publics « permettent au pouvoir adjudicateur de retenir, en procédure adaptée, pour choisir l'*offre économiquement la plus avantageuse, un critère reposant sur l'expérience des candidats, et donc sur leurs références portant sur l'exécution d'autres marchés, lorsque sa prise en compte est rendue objectivement nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser et n'a pas d'effet discriminatoire* ». En l'espèce, eu égard à la technicité des prestations (bilan énergétique des bâtiments, évaluation des gisements d'économie d'énergie, pistes de solutions), l'objet du marché justifiait objectivement le recours au critère, pondéré à hauteur de 20 %, tenant aux références des candidats afin de prendre en considération leur expérience. La prise en compte de ce critère n'a pas eu d'effet discriminatoire (CE, 2 août 2011, Parc naturel régional des Grands Causses).

**Attention, toutefois, à l'effet discriminatoire**. La cour d'appel de Bordeaux considère que « *le pouvoir adjudicateur peut retenir en procédure adaptée, pour choisir l'offre économiquement la plus avantageuse, un critère reposant sur l'expérience des candidats et donc sur leurs références portant sur l'exécution d'autres marchés lorsque sa prise en compte est rendue objectivement nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser et n'a pas d'effet discriminatoire* ». La cour estime « que s'*il appartenait au pouvoir adjudicateur de fixer une expérience minimum de trois ans dans le domaine de l'accompagnement de projets, en revanche, la prise en compte du critère de l'expérience lors de l'examen des offres a eu pour effet d'avantager les offres présentées par des groupements et a, par suite, eu un effet discriminatoire* » (CAA Bordeaux, 7 mai 2014, Département de l'Aveyron).

**Appel d'offres ouvert. Impossibilité de prendre en compte l'expérience au stade des offres**. La cour a constaté que le règlement de la consultation prévoyait trois critères pondérés d'appréciation des offres : la valeur technique (40 %), le prix des prestations (30 %) et les modalités d'exécution (30 %) et que la valeur technique serait évaluée notamment par rapport aux références du candidat et aux qualifications du personnel. Elle a ensuite considéré qu'en *« prévoyant, par l'application d'un sous-critère portant sur les références portuaires locales et nationales et les références aéroportuaires, la prise en compte, pour l'appréciation de la valeur technique, de l'expérience des candidats et non pas exclusivement de la valeur intrinsèque des offres, la chambre de commerce et d'industrie de Caen a commis dans la procédure de passation des marchés correspondant aux deux lots dont s'agit une illégalité entachant la validité desdits contrats, alors même que ce sous-critère des références des candidats était pondéré à seulement 5 % dans les notes finales »*. La cour en a profité pour rappeler que s'agissant d'une procédure d'appel d'offres, la chambre ne pouvait utilement se prévaloir de ce que, en procédure adaptée, pour juger les offres, il est possible d'utiliser un critère relatif aux références, mais seulement lorsqu'un tel critère est rendu objectivement nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser, et n'a pas d'effet discriminatoire (CAA Nantes, 7 décembre 2012, CCI Caen).

### 3.3.10. Le juge n'exerce qu'un simple contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation

**Le juge administratif ne peut pas censurer le pouvoir adjudicateur dans l'appréciation des capacités des candidats, sauf erreur manifeste**. Le Conseil d'État considère que le juge

précontractuel ne peut pas censurer l'appréciation portée par le pouvoir adjudicateur sur les garanties et capacités techniques des candidats ainsi que sur leurs références, sauf si le pouvoir adjudicateur commet une erreur manifeste dans l'appréciation. Dans cette affaire, l'acheteur avait commis une telle erreur compte tenu de l'absence de références professionnelles du groupement retenu. Le Conseil d'État confirme l'annulation de la procédure (CE, 17 septembre 2014, n° 378722).

## 3.4. Pièces absentes ou incomplètes (CMP, art. 52)

**Au stade de la sélection des candidatures**, les pouvoirs adjudicateurs peuvent demander aux candidats de régulariser le contenu de la première enveloppe en cas d'oubli ou de production incomplète d'une pièce réclamée dans le dossier de candidature et ainsi permettre à ces candidats de rester dans la compétition.

Depuis le décret du 2 septembre 2009, cette demande peut également porter sur la régularisation de leur capacité juridique leur permettant de déposer leur candidature.

Les pièces ou renseignements manquants doivent être fournis dans un délai identique pour tous les candidats concernés, délai qui ne saurait être supérieur à dix jours.

**Le Code n'impose pas** au pouvoir adjudicateur de demander aux soumissionnaires les pièces manquantes, mais **s'il procède à cette demande, c'est au bénéfice de tous les candidats**.

Les candidats qui sont dans un cas d'interdiction de soumissionner à un marché, ou qui ne produisent pas les pièces demandées, ne sont pas admis à participer à la suite de la procédure.

**Si le pouvoir adjudicateur n'use pas de la possibilité offerte par l'article 52, il est tenu de rejeter la candidature irrégulière**. Pour qu'une candidature incomplète à l'origine puisse être déclarée recevable, encore faut-il que le pouvoir adjudicateur use effectivement de cette possibilité que lui offre le code. S'il ne le fait pas, il est tenu de rejeter la candidature irrégulière (CAA Bordeaux, 14 mai 2009, Communauté d'agglomération du Territoire de la Côte Ouest).

**En revanche, au stade de la sélection des offres, l'acheteur n'est jamais tenu d'inviter un candidat à régulariser son offre**. Même si l'irrégularité de l'offre provient d'une demande d'informations complémentaires, l'acheteur peut rejeter l'offre sans demander à l'entreprise si elle entend la maintenir (CE, 20 mai 2009, Département du Var).

**L'article 52 ne permet pas de compléter la teneur de l'offre**. Le juge des référés doit distinguer, d'une part, le contenu du dossier de candidature et la teneur de l'offre, et, d'autre part, la phase de sélection des candidatures et celle de jugement des offres. Le Conseil d'État précise que l'élimination de la société requérante n'est pas due « *au caractère incomplet du dossier de candidature, mais au caractère incomplet, et donc irrégulier, de l'offre* ». Ce caractère incomplet est caractérisé par « *l'absence du mémoire technique nécessaire au jugement de la valeur technique de l'offre* ». Le Conseil d'État souligne ainsi que l'article 52 ne permet pas aux pouvoirs adjudicateurs de demander aux candidats de compléter la teneur de leur offre (CE, 4 mars 2011, Région Réunion).

**Impossibilité de demander de compléter ou de modifier la teneur d'une offre**. Le Conseil d'État a considéré que le juge des référés a commis une erreur de droit en estimant qu'il était possible d'inviter deux candidats à préciser ou à compéter la teneur de leur offre, car *« le pouvoir adjudicateur n'est jamais tenu de procéder à une telle invitation lorsque lui sont remises*

*des offres comportant des contradictions ou ambiguïtés ou des offres qui ne sont pas complètes »* (CE, 26 septembre 2012, Communauté d'agglomération Sainte-Eure).

## 3.5. Documents à produire par le seul attributaire (CMP, art. 46 et 47)

L'article 46 du Code (modifié par le décret n° 2014-1097 du 26 septembre 2014) indique que sous réserve des dispositions du VI de l'article 45, le candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché produit, en outre :

- **les pièces prévues aux articles D. 8222-5** ou D. 8222-7 et D. 8222-8 **du Code du travail**. Ces pièces sont à produire tous les six mois jusqu'à la fin de l'exécution du marché ;
- **les attestations et certificats délivrés par les administrations et organismes** compétents prouvant qu'il a satisfait à ses obligations fiscales et sociales. Un arrêté des ministres intéressés fixe la liste des administrations et organismes compétents ainsi que la liste des impôts et cotisations sociales devant donner lieu à délivrance du certificat (il s'agit de l'arrêté du 31 janvier 2003) ;
- une attestation d'assurance décennale pour les entreprises soumises à l'obligation d'assurance construction (Loi Savary du 10 juillet 2014).

*À noter*

Les certificats attestant de la souscription des déclarations en termes d'impôts sont délivrés par les services fiscaux chargés de les recevoir ; ceux attestant du paiement des cotisations et contributions, par les URSSAF notamment.

**Le candidat établi dans un État autre que la France produit** un certificat établi par les administrations et organismes du pays d'origine. Lorsqu'un tel certificat n'est pas délivré par le pays concerné, il peut être remplacé par une déclaration sous serment ou, dans les États où un tel serment n'existe pas, par une déclaration solennelle faite par l'intéressé devant l'autorité judiciaire ou administrative compétente, un notaire ou un organisme professionnel qualifié du pays.

**Impossibilité d'attribuer le marché à l'attributaire pressenti s'il ne fournit pas ces pièces**. Le marché ne peut être attribué au candidat dont l'offre a été retenue que si celui-ci produit dans le délai imparti ces certificats et attestations. S'il ne peut produire ces documents dans le délai imparti, son offre est rejetée et le candidat éliminé.

Le candidat dont l'offre a été classée immédiatement après la sienne est sollicité pour produire les certificats et attestations nécessaires avant que le marché ne lui soit attribué. Si nécessaire, cette procédure peut être reproduite tant qu'il subsiste des offres qui n'ont pas été écartées au motif qu'elles étaient inappropriées, irrégulières ou inacceptables.

**Possibilité d'exiger une traduction en français**. Le pouvoir adjudicateur peut exiger que les candidats joignent une traduction en français, certifiée conforme à l'original par un traducteur assermenté, aux documents rédigés dans une autre langue qu'ils remettent en application du présent article.

# 4. La sélection des offres

## 4.1. Les critères de sélection des offres : l'offre économiquement la plus avantageuse (CMP, art. 53)

### 4.1.1. Généralités

L'article 53 du Code des marchés publics est rédigé de la façon suivante :

> *I. Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté* ***l'offre économiquement la plus avantageuse****, le* ***pouvoir adjudicateur se fonde*** *:*
> ***1° Soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché, notamment*** *la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les performances en matière de protection de l'environnement, les performances en matière de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture, les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le coût global d'utilisation, les coûts tout au long du cycle de vie, la rentabilité, le caractère innovant, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison, le délai de livraison ou d'exécution, la sécurité d'approvisionnement, l'interopérabilité et les caractéristiques opérationnelles. D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché ;*
> ***2° Soit, compte tenu de l'objet du marché, sur un seul critère, qui est celui du prix.***
>
> *II. Pour les marchés passés selon une procédure formalisée autre que le concours et lorsque plusieurs critères sont prévus,* ***le pouvoir adjudicateur précise leur pondération****.*
> *Le poids de chaque critère peut être exprimé par une fourchette dont l'écart maximal est approprié.*
> *Le pouvoir adjudicateur qui estime pouvoir démontrer que la pondération n'est pas possible notamment du fait de la complexité du marché, indique les critères par ordre décroissant d'importance.*
> *Les critères ainsi que leur pondération ou leur hiérarchisation sont indiqués* ***dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation****.*
>
> *III. Les offres inappropriées, irrégulières et inacceptables sont éliminées. Les autres offres sont classées par ordre décroissant. L'offre la mieux classée est retenue…*

Ainsi, pour attribuer le marché au candidat qui a présenté **l'offre économiquement la plus avantageuse**, le pouvoir adjudicateur se fonde soit sur une pluralité de critères (c'est le principe), soit sur le seul critère du prix si l'objet du marché le justifie (c'est l'exception).

**Une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché**, notamment **la qualité, le prix, la valeur technique**, le caractère esthétique et fonctionnel, les performances en matière de protection de l'environnement, les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le coût global d'utilisation, la rentabilité, le caractère innovant, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison, **le délai d'exécution**. **D'autres critères** peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché.

**Un critère rendu objectivement nécessaire ni par l'objet du marché ni par la nature des prestations à réaliser doit être considéré comme discriminatoire**. Le sénateur Paul Raoult a interrogé le ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi pour savoir si, dans le cadre de l'attribution d'un marché public par une collectivité responsable d'un service d'assainissement, l'obtention d'une « *habilitation délivrée par une agence de l'eau constitue un critère non discriminatoire applicable pour procéder à la sélection des candidats ou au classement de leurs offres* ». Les services du ministère rappellent que les critères de sélection des candidats et des offres doivent être liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution pour être « objectifs et non discriminatoires ». De plus, aucun texte n'impose aux collectivités publiques de confier ces prestations à des prestataires titulaires d'une habilitation délivrée par les agences de l'eau.

Ainsi, ce critère de sélection, « *rendu objectivement nécessaire ni par l'objet du marché ni par la nature des prestations à réaliser, doit être considéré comme discriminatoire* » (rép. min. de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi, *JO Sénat* du 23 juillet 2009, p. 1852).

**La personne publique est tenue, dès l'engagement de la procédure, d'informer de manière appropriée le candidat des critères d'attribution du marché**. Le CE estime que « *pour assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, l'information appropriée des candidats sur les critères d'attribution d'un marché public est nécessaire, dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché, dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats ; que dans le cas où le pouvoir adjudicateur souhaite retenir d'autres critères que celui du prix, l'information appropriée des candidats doit alors porter également sur les conditions de mise en œuvre de ces critères ; qu'il appartient au pouvoir adjudicateur d'indiquer les critères d'attribution du marché et les conditions de leur mise en œuvre selon les modalités appropriées à l'objet, aux caractéristiques et au montant du marché concerné* (CE, Sect., 30 janvier 2009, Agence nationale pour l'emploi).

**L'acheteur doit s'en tenir aux critères de choix qu'il a lui-même définis**. Pour le Conseil d'État, « *il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que la Société des autoroutes du sud de la France a dans son appel d'offres initial proposé aux entreprises candidates deux solutions techniques différentes, avant de n'examiner que les offres correspondant à l'une de ces solutions ; qu'en agissant ainsi, elle a modifié les critères de sélection après le dépôt de leurs offres par les candidats ; que ce changement des critères d'attribution du marché, lesquels devaient être portés à l'information des candidats dès l'engagement de la procédure, a donc conduit au choix d'une offre sur la base de critères qui n'avaient pas fait l'objet d'une information appropriée des candidats dès l'engagement de la procédure ; que ce changement des critères de sélection, qui a été de nature à léser l'entreprise Baudin-Châteauneuf eu égard à sa portée et au stade de la procédure auquel il se rapporte, constituait ainsi un manquement aux règles de publicité auxquelles était soumise la Société des autoroutes du sud de la France* » (CE, 1er avril 2009, Société Baudin-Châteauneuf c/ Société des autoroutes du sud de la France).

**L'article 52 ne permet pas de compléter la teneur de l'offre**. Le juge des référés doit distinguer, d'une part, le contenu du dossier de candidature et la teneur de l'offre, et, d'autre part, la phase de sélection des candidatures et celle de jugement des offres. Le Conseil d'État précise que l'élimination de la société requérante n'est pas due « *au caractère incomplet du dossier de candidature, mais au caractère incomplet, et donc irrégulier, de l'offre* ». Ce caractère incomplet est caractérisé par « *l'absence du mémoire technique nécessaire au jugement de la valeur technique de l'offre* ». Le Conseil d'État souligne ainsi que l'article 52 ne permet pas aux pouvoirs adjudicateurs de demander aux candidats de compléter la teneur de leur offre (CE, 4 mars 2011, Région Réunion).

### 4.1.2. Ne pas confondre les phases de sélection des candidatures et de sélection des offres

**Bien distinguer les critères de sélection des offres de ceux des candidatures**. La cour administrative de Lyon a jugé « *qu'en se fondant sur les références et qualifications des entreprises candidates, et non pas exclusivement sur la valeur intrinsèque des offres pour sélectionner pour chacun de ces lots l'offre économiquement la plus avantageuse, la commission d'appel d'offres a méconnu la procédure prévue par le code des marchés publics* ». Les marchés précités ayant été

attribués à l'issue d'une procédure irrégulière, les marchés conclus pour ces lots sont annulés (CAA Lyon, 2 janvier 2014, Commune de Lissieu).

**Les capacités des candidats ne peuvent constituer un critère de jugement des offres**. La cour administrative d'appel de Bordeaux constate que le règlement de la consultation précisait que les offres seraient appréciées, notamment, au regard d'un critère relatif à *« la capacité de l'entreprise »*. Ce critère était subdivisé en trois sous-critères relatifs au chiffre d'affaires par rapport au marché, aux moyens humains de l'entreprise et aux références en matière de sûreté aéroportuaire. La cour a jugé que ce critère, qui impliquait *« une simple présentation générale de l'entreprise, sans rapport avec l'exécution technique du marché, permettait seulement une appréciation de la capacité professionnelle et technique des candidats et se rapportait à l'examen et à la sélection des candidatures »*. Elle en a conclu que le pouvoir adjudicateur avait manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en recourant à un tel critère pour l'analyse des offres (CAA Bordeaux, 30 décembre 2014, CCI des îles de Guadeloupe).

**Ne pas confondre sélection des candidatures et analyse des offres**. Le Conseil d'État rappelle que les limites fixées par l'article 45 du Code des marchés publics ainsi que son arrêté d'application du 28 août 2006, en termes de documents exigibles, sont applicables à la sélection des candidatures et non pas au jugement des offres. Il juge *« qu'en se fondant ainsi sur des dispositions applicables aux seuls documents de sélection des candidatures pour juger de la régularité des exigences portant sur la composition du dossier produit pour la sélection des offres, le juge des référés a commis une erreur de droit »* (CE, 7 novembre 2014, Valor'Aisne).

**L'expérience des candidats peut être prise en compte en MAPA pour la sélection des offres, mais pas en appel d'offres**. L'article 53 du Code des marchés publics permet de retenir, en procédure adaptée, le critère tenant aux références du candidat, lorsque sa prise en compte est rendue objectivement nécessaire par l'objet du marché et n'a pas d'effet discriminatoire (CE, 2 août 2011, Parc national des Grands Causses).

### 4.1.3. Le critère du prix

**Compte tenu de l'objet du marché, le choix sur un seul critère : celui du prix**. L'article 53 du Code des marchés publics, après avoir indiqué qu'il était possible de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse au moyen d'une pluralité de critères, indique que, **compte tenu du marché**, le pouvoir adjudicateur peut attribuer sur la base d'un seul critère : le prix. Cela signifie que le maître d'ouvrage devra être en mesure de justifier que, pour cette consultation, seul le prix peut permettre de sélectionner les entreprises.

**Si le marché est complexe, la personne publique ne pourra pas se fonder sur le seul critère du prix**. Par un arrêt du 6 avril 2007, le Conseil d'État précise que, pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur ne peut pas librement choisir le seul critère du prix. En l'espèce, le département de l'Isère avait lancé une procédure de passation d'un marché relatif à la réalisation d'un itinéraire alternatif à une route départementale. Pour attribuer le marché, le département de l'Isère s'était fondé sur le seul critère du prix pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse. Ce choix a été critiqué devant le juge des référés, qui a annulé la procédure de passation du marché. Dans son arrêt, le Conseil d'État confirme l'ordonnance du juge des référés de Grenoble, qui avait estimé que « ***compte tenu de la complexité des travaux,*** [le département de l'Isère] ***avait méconnu les dispositions de l'article 53 du Code des marchés publics, et ainsi ses obligations de mise***

***en concurrence, en retenant le seul critère du prix pour apprécier l'offre économiquement la plus avantageuse »*** (CE, 6 avril 2007, Département de l'Isère).

**Eu égard à la technicité des travaux, le pouvoir adjudicateur ne pouvait se baser sur le seul critère du prix**. Dans une autre espèce, le juge des référés du tribunal administratif de Rouen a également écarté l'application du « moins-disant ». Le marché en cause concernait la restauration d'une abbaye. Pour annuler la procédure de passation, le juge s'est penché sur la nature des travaux : dépose des cloches, des bois, des pierres de taille, démolition de dalles, ragréages, etc. Il en déduit que « ***eu égard à la technicité de ces travaux, l'État a méconnu les dispositions de l'article 53 du Code des marchés publics, et ainsi ses obligations de mise en concurrence, en retenant le seul critère du prix pour apprécier l'offre économiquement la plus avantageuse »*** (ordonnance du 8 novembre 2007, Entreprise Georges Lanfry).

**Eu égard à l'importance des travaux (une toiture importante dans un secteur protégé), le pouvoir adjudicateur ne pouvait se baser sur le seul critère du prix**. Un autre marché concernait la rénovation de la toiture d'un bâtiment communal ancien situé dans une zone protégée ayant fait l'objet d'un avis de l'architecte des Bâtiments de France, qui avait exigé la préservation de quatorze cheminées, contraignant ainsi la commune à modifier son projet initial. Le tribunal de Besançon considère « *qu'eu égard à l'objet du marché litigieux, la réalisation d'une toiture importante dans un périmètre protégé, la commune d'Orgelet ne pouvait pour départager les offres se baser sur le seul critère du prix et s'affranchir de toute appréciation de leur valeur technique sans méconnaître les dispositions de l'article 53 du Code des marchés publics* ». Les entreprises requérantes étaient par suite fondées à soutenir que les conditions de passation du marché étaient irrégulières (TA Besançon, 1re chambre, 15 octobre 2013, Sociétés Mariller et Chamouton).

**La règle est la même pour les marchés de l'ordonnance du 6 juin 2005**. Dans les marchés passés par un organisme de sécurité sociale, soumis comme les OPH ou les SA d'HLM à l'ordonnance du 6 juin 2005, la règle est la même : le prix ne peut être retenu comme critère unique que « *dans le cadre de marchés simples, lesquels sont caractérisés par des produits courants, standardisés, des prestations usuelles et banales, avec des prescriptions du cahier des clauses techniques limitées* » (TGI Nancy, 8 juin 2010, SIVP c/ CPAM du Haut-Rhin ; ou TGI Paris, Ord., 7 avril 2011, Société MAIDIS c/ CANSSM).

**Le critère du prix n'a pas obligatoirement à être pris en compte en cas de pluralité de critères**. En cas de pluralité de critères, le pouvoir adjudicateur a le choix des critères d'attribution du marché en fonction de l'objet de celui-ci. De ce fait, le critère prix n'a pas à être obligatoirement pris en compte en cas de pluralité de critères (CE, 28 avril 2006, Commune de Toulouse).

**Critère du prix : il faut tenir compte de la TVA**. La collectivité publique doit, pour comparer les offres sur le critère du prix, prendre en compte l'ensemble des sommes que l'opérateur économique met à la charge de l'acheteur. La taxe sur la valeur ajoutée (TVA) constitue un élément du prix supporté par la collectivité publique, que le prix soit stipulé hors taxes (HT) ou toutes taxes comprises (TTC). Par conséquent, la collectivité publique doit tenir compte de son montant, lors de l'analyse des offres. Il en va inversement lorsque la collectivité publique déduit par la voie fiscale le montant de la TVA ayant grevé le prix des prestations commandées, ainsi que l'y autorise l'article 260 A du Code général des impôts. Le montant du marché pour le calcul des seuils de procédure n'a pas, en revanche, pour objet de déterminer le coût que le pouvoir adjudicateur devra supporter pour l'achat des prestations, mais la valeur totale des recettes, y compris annexes, que l'opérateur économique pourra retirer de

l'exécution du marché (CJCE, 18 janvier 2007, Auroux, aff. C-220/05). Le montant de la TVA n'est pas, du point de vue de l'opérateur économique, un élément de ces recettes, puisqu'il est destiné à être reversé à l'État. C'est la raison pour laquelle les directives « marchés publics » imposent le calcul des seuils de procédure par référence à des montants HT. Il n'est donc pas possible d'introduire dans le Code des marchés publics une règle invariable de comparaison des prix, selon laquelle seul le montant HT des offres devrait être pris en compte (Rép. min. à M. Pascal Terrasse, publiée au *JO* du 21 septembre 2010).

**La méthode de notation du prix doit permettre d'attribuer la meilleure note au candidat ayant proposé le prix le plus bas**. Le Conseil d'État rappelle que « *la méthode de notation du critère du prix doit permettre d'attribuer la meilleure note au candidat ayant proposé le prix le plus bas* » et juge « *que le juge des référés a relevé, sans commettre d'erreur de droit ni dénaturer les pièces du dossier, que la méthode retenue par Val-d'Oise Habitat pour noter le critère du prix avait pour effet d'attribuer la note la plus faible au candidat ayant présenté le prix le plus éloigné de l'estimation du coût de la prestation opérée par le maître d'œuvre, que ce prix soit inférieur ou supérieur à l'estimation, et, ainsi, avait eu pour conséquence d'attribuer la note maximale à la société déclarée attributaire du marché, alors même que sa proposition de prix était supérieure à celle de la requérante* ». Le pourvoi de l'établissement public est donc rejeté (CE, 29 octobre 2013, OPH Val-d'Oise Habitat).

### 4.1.4. Le critère de la valeur technique de l'offre

**Appréciation du critère de la valeur technique des offres**. Une commission d'appel d'offres a commis une erreur d'appréciation en considérant équivalents deux mémoires techniques : l'un étant général, l'autre précis. La première offre se bornait à dresser une liste générale des moyens techniques de l'entreprise, sans exposer la façon dont ces moyens techniques seraient mis en œuvre. De plus, la notice technique présentée par l'entreprise ne démontrait pas qu'elle était apte à prendre en charge la réalisation demandée. L'autre offre n'était pas stéréotypée et comportait des dispositions précises concernant l'opération projetée par la commune et décrivait de manière détaillée ses moyens techniques et humains ainsi que les matériaux qu'elle utiliserait sur le chantier. Elle répondait, par ailleurs, aux prescriptions du marché et présentait le maximum de garantie. **Ces deux mémoires ne pouvaient recevoir une note identique** (CE, 8 février 2010, Commune de La Rochelle).

**Appréciation de la valeur technique entachée d'erreur manifeste d'appréciation**. Si les personnes publiques disposent d'un pouvoir discrétionnaire dans la notation de critères comme celui de la valeur technique, leur liberté d'appréciation ne doit pas les conduire à des jugements arbitraires ou manifestement infondés. En l'espèce, la société requérante, qui répondait à un appel d'offres de la ville de Marseille pour des travaux de peinture des bâtiments communaux, avait fait un prix un peu plus intéressant que celui du candidat retenu, mais n'avait obtenu que la note de 1 sur 5 contre 4 à sa concurrente sur le critère de la valeur technique, ce qui avait entraîné son éviction. Après une comparaison point par point des deux mémoires techniques, la cour indique que « *leurs contenus respectifs ne permettaient pas de justifier un écart aussi important entre les notes attribuées à chacune d'elles* » et annule la décision d'écarter l'offre de la société requérante en tant qu'elle repose sur « *une erreur manifeste de la valeur des offres en présence* » (CAA Marseille, 1er mars 2010, Société Azur Rénovation Décoration Bâtiment).

**Absence de mémoire technique. L'article 52 du code ne permet pas de compléter la teneur de l'offre**. Le juge des référés doit distinguer, d'une part, le contenu du dossier de

candidature et la teneur de l'offre, et, d'autre part, la phase de sélection des candidatures et celle de jugement des offres. Le Conseil d'État précise que l'élimination de la société requérante n'est pas due « *au caractère incomplet du dossier de candidature, mais au caractère incomplet, et donc irrégulier, de l'offre* ». Ce caractère incomplet est caractérisé par « *l'absence du mémoire technique nécessaire au jugement de la valeur technique de l'offre* ». Le Conseil d'État souligne ainsi que l'article 52 ne permet pas aux pouvoirs adjudicateurs de demander aux candidats de compléter la teneur de leur offre (CE, 4 mars 2011, Région Réunion).

**Aucune obligation de demander au candidat de compléter son mémoire technique ou la teneur de son offre** (article 59-I du Code des marchés publics). Le juge des référés du tribunal administratif de Rouen a annulé la procédure pour deux motifs. Il a notamment constaté que le rapport d'analyse des offres faisait apparaître que le mémoire du candidat choisi était seulement « presque *complet* », tandis que celui du candidat non retenu comportait un élément qui « *devait être précisé* ». Le juge a estimé « *qu'il appartenait dans une telle situation à la communauté d'agglomération Seine-Eure, avant toute notation de ces deux offres, de faire application des dispositions du I de l'article 59 du Code des marchés publics en invitant ces deux candidats à préciser ou compléter la teneur de leur offre* ». Le Conseil d'État a considéré que le juge des référés avait commis une erreur de droit, car « *le pouvoir adjudicateur n'est jamais tenu de procéder à une telle invitation lorsque lui sont remises des offres comportant des contradictions ou ambiguïtés ou des offres qui ne sont pas complètes* » (CE, 26 septembre 2012, Communauté d'agglomération Sainte-Eure).

**Attribuer la même note à tous sur la valeur technique revient à attribuer sur le seul critère du prix**. Cette pratique revient à dire que le critère technique est « neutralisé ».

La méthode de notation du critère technique aboutit à ce que les mémoires techniques ne sont pas réellement analysés, hiérarchisés, ni pris en compte (TA Paris, ordonnance du 14 mai 2010).

Le choix entre l'offre retenue et celles des entreprises évincées s'est finalement fondé sur le seul critère du prix, de sorte que l'ensemble des critères annoncés dans les documents de la consultation n'ont pas été pris en considération (TA Paris, ordonnance du 14 mai 2010).

Cette modification irrégulière de la pondération annoncée a pour conséquence de modifier le poids de l'autre critère, le prix, qui se trouve ainsi mécaniquement augmenté (*Contrats publics*, n° 110 de mai 2011, article sur la neutralisation des critères de jugement des offres).

Cela est contraire aux principes de transparence et d'égalité de traitement fixés à l'article 1er du Code des marchés publics, puisque l'acheteur ne peut changer la règle du jeu en cours de consultation. S'il affiche que la consultation se fera sur la base de deux critères, celle-ci ne peut se faire sur la seule base de l'un d'entre eux. Ces principes doivent être respectés dans toutes les procédures de passation des marchés, quel que soit leur montant, et donc y compris dans les MAPA (CE, 29 juillet 2002, Société MAJ Blanchisseries de Pantin).

L'acheteur doit s'en tenir aux critères de choix qu'il a lui-même définis : s'il affiche une sélection sur le prix et la valeur technique, il doit noter les deux critères (CE, 1er avril 2009, Société Baudin-Châteauneuf).

Deux mémoires techniques ne peuvent avoir la même note que s'ils sont exactement identiques (CE, 8 février 2010, Commune de La Rochelle).

La négociation ne peut avoir ni pour objet ni pour effet d'autoriser à abandonner, en cours de procédure, un critère (que ce soit le prix ou la valeur technique) défini à parité avec un autre

critère, comme principal critère de jugement des offres (CE, 27 avril 2011, Président du Sénat c/ Bio Paris Ouest).

Sans compter que, dès lors que les prestations sont d'une certaine technicité ou complexité, le recours au seul critère du prix est illégal (CE, 6 avril 2007, Département de l'Isère).

### 4.1.5. Le critère esthétique

**Le critère esthétique peut être un critère d'attribution d'un marché**. Le Conseil d'État a rappelé que le critère esthétique pouvait être utilisé en tant que critère d'attribution, mais il doit être défini précisément pour permettre aux candidats de répondre aux exigences du critère. La commune de Saint-Nazaire a parfaitement précisé sa demande dans le cahier des charges : « *Les mobiliers urbains* […] *devront participer à l'embellissement de l'espace public par leurs qualités esthétiques. Ils devront de plus être en cohérence avec l'identité portuaire et maritime de cette dernière, et s'inscrire dans le style nazairien alliant exigence fonctionnelle (solidité, résistance, confort d'usage, durabilité, facilité d'entretien et de remplacement) et esthétique. À cet égard, le mobilier retenu devra être d'esprit contemporain, de forme simple et épurée, de préférence en métal et d'une couleur dominante blanche* » (CE, 5 novembre 2008, Commune de Saint-Nazaire).

### 4.1.6. Le critère de l'insertion professionnelle de publics en difficulté

**L'utilisation d'un critère de performance en matière d'insertion professionnelle** de publics en difficulté (art. 53) **est indépendante de l'introduction de conditions d'exécution en faveur des publics en difficulté** dans le cahier des charges (art. 14).

Le sénateur Bernard Piras a interrogé le ministre de l'Économie, des Finances et de l'Emploi pour savoir si un critère de performance en matière d'insertion professionnelle pouvait être utilisé, bien qu'aucune condition d'exécution visant à promouvoir l'emploi de personnes rencontrant des difficultés particulières d'insertion n'ait été définie dans les cahiers des charges d'un marché.

> *L'article 53-1 autorise, lors de la sélection des offres, la prise en considération des critères de performance en matière d'insertion professionnelle et en matière de protection de l'environnement. Ce critère ne peut toutefois être mis en œuvre que lorsqu'il présente un lien avec l'objet du marché, c'est-à-dire lorsque la nature des prestations demandées est en rapport avec une démarche d'insertion.* ***L'utilisation de ce critère n'est donc pas subordonnée à l'existence de conditions d'exécution particulières.*** *L'article 14 autorise l'indication, dans l'avis d'appel public à concurrence ou dans les documents de consultation, de conditions d'exécution comportant des éléments à caractère social ou environnemental. Les entreprises soumissionnaires doivent s'engager à respecter ces conditions, sous peine de voir leur offre rejetée comme irrégulière. Ces conditions ne doivent cependant pas porter atteinte aux principes fondamentaux qui régissent la commande publique et, notamment, ne doivent pas avoir pour effet de rompre l'égalité de traitement entre les candidats. Dans ces limites, les acheteurs recourent librement aux conditions d'exécution et ne sont pas obligés de les combiner avec des critères de sélection spécifiques.* ***L'utilisation des critères de sélection et des conditions d'exécution peut donc légalement se faire de manière indépendante.***
>
> *Néanmoins, lorsqu'un acheteur met en œuvre l'article 14 seul, il s'expose à recevoir des offres qui, bien que conformes aux clauses d'exécution sociales ou environnementales, sont très inégales sur ces points, sans pouvoir sélectionner l'offre la plus intéressante.* ***En combinant les articles 53-1 et 14, l'acheteur incite les opérateurs économiques à proposer une démarche de développement durable plus élaborée que celle qui serait exigée par la simple conformité à la clause d'exécution. Il est donc recommandé, lorsque cela est possible, de coordonner les deux instruments*** (JO Sénat du 8 octobre 2009).

**Critère de l'insertion de publics en difficulté et lien avec l'objet du marché**. Le critère social est présumé présenter un lien avec l'objet du marché si et dans la mesure où le marché est susceptible, au stade de son exécution, de voir ce type de critère mis en œuvre. Le Conseil d'État rappelle que les besoins doivent être définis en tenant compte des objectifs de développement durable, puis indique que le critère social peut être utilisé dans le cadre de marchés dont l'objet n'est pas uniquement social. Dans ce cas, le lien avec l'objet du marché peut être apprécié au regard des conditions dans lesquelles seront exécutées les prestations dudit marché. Le Conseil d'État indique que « *dans le cadre d'une procédure d'attribution d'un marché qui, eu égard à son objet, est susceptible d'*être exécuté, au moins en partie, par des personnels engagés dans une démarche d'*insertion, le pouvoir adjudicateur peut légalement prévoir d'apprécier les offres au regard du critère d'insertion professionnelle des publics en difficulté, dès lors que ce critère n'est pas discriminatoire et lui permet d'apprécier objectivement ces offres* ». Il en a déduit que le juge des référés du tribunal administratif de Grenoble avait commis une erreur de droit en relevant que *« par nature et indépendamment des personnels susceptibles d'être concernés par l'exécution du marché, les travaux de renforcement et de renouvellement de chaussées prévus par le marché litigieux ne présentent aucun lien direct avec l'insertion professionnelle des publics en difficulté »* (CJCE, « Commission contre Pays-Bas », 10 mai 2012, affaire C-368/10 ; et CE, 25 mars 2013, Département de l'Isère).

**Conditions d'admission d'un critère du mieux-disant social**. L'incertitude concernant les conditions de mise en œuvre d'un critère de performance d'insertion professionnelle au regard des conditions d'exécution prévues par le marché est constitutive d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence susceptible de léser un candidat à l'attribution du marché (CE, 28 mai 2014, Commune de Dijon).

### 4.1.7. Le critère de la préférence locale

**Interdiction des clauses de proximité**. Le « *localisme* », c'est-à-dire « l*e fait de donner une préférence aux entreprises locales compte tenu de leur proximité spatiale* », est interdit. En effet, le droit de la commande publique s'oppose à ce que des critères, liés à l'origine ou à l'implantation géographique des candidats à un contrat public, soient utilisés par le pouvoir adjudicateur. Une telle pratique est contraire aux principes fondamentaux qui gouvernent la commande publique, à savoir : les principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.

**L'introduction d'un critère de préférence locale est impossible**. Le droit de la commande publique ne permet pas de retenir des critères de choix liés à l'origine ou l'implantation géographique des candidats au marché (CJCE du 3 juin 1992). Une clause de proximité visant à favoriser le maintien d'emplois locaux ou l'acquittement de la taxe professionnelle n'est pas non plus valable (Conseil d'État, 29 juillet 1994, n° 131562, Commune de Ventenac-en-Minervois).

**La « préférence locale », le « localisme** », **le « critère géographique » ou le « critère de proximité » sont sanctionnés** tant au niveau communautaire (CJCE, 19 mars 2009, aff. C-489/06, Commission c/ République hellénique) qu'au niveau national.

**Préférence locale et délit de favoritisme**. En droit interne, outre le contrôle par le juge administratif de la procédure de passation qui doit être conforme aux principes d'impartialité et de loyauté, le délit d'octroi d'avantages injustifiés (délit de favoritisme) prévu à l'article 432-14 du Code pénal sanctionne le « localisme » (Cass. crim., n° 13-80759 du 22 janvier 2014).

**Exception si la proximité du lieu d'exécution du marché constitue une condition de la bonne réalisation des prestations**. Par exemple, la nécessité de pouvoir disposer d'une équipe pouvant intervenir rapidement sur le lieu d'exécution du marché afin d'assurer la continuité du service public du réseau routier et d'éviter des ruptures d'approvisionnement (Cour administrative d'appel de Bordeaux, 25 mai 2004, Sté Probinord, n° 00BX02265).

De même, quand il y a nécessité de disposer d'une antenne locale située dans le département d'exécution des prestations, dotée du téléphone et comportant un chef de chantier et dix personnes au minimum, s'agissant d'un marché d'entretien d'espaces verts et de plantations : le candidat qui s'engage à s'implanter en cas d'attribution du marché doit être considéré comme satisfaisant à cette obligation au même titre qu'un candidat déjà établi (Conseil d'État, 14 janvier 1998, Sté Martin-Fourquin).

**Exception si le critère géographique est justifié par l'objet du marché ou par ses conditions d'exécution** (Rép. min. à QE, n° 2693, *JOAN Q.*, 15 janv. 2013, p. 474 ; CAA Nancy, 12 avr. 2001, Sté régionale du bâtiment Scanzi et Fils, n° 96NC02129).

### 4.1.8. Le critère du bilan carbone

L'article 14 du Code des marchés publics offre la possibilité (au pouvoir adjudicateur) d'exiger comme condition d'exécution du marché des « *objectifs de développement durable en conciliant développement économique, protection et mise en valeur de l'environnement et progrès social* ». La limitation des gaz à effet de serre entre dans cet objectif. Pour l'administration centrale, le but de l'article 14 n'est pas de rechercher « *nécessairement une exigence de proximité, mais plutôt une démarche environnementale dans l'exécution du marché en termes d'implantation du chantier ou de moyens de transport utilisés* ». En pratique, force est de constater que des entreprises proches du lieu d'exécution du marché pourraient être indirectement favorisées.

**Proximité de l'entreprise afin de réduire les émissions de $CO_2$ : critère discriminatoire**. *Le critère de choix, fondé sur les performances en matière de protection de l'environnement, est toutefois subordonné à certaines conditions : il ne peut méconnaître les principes fondamentaux qui régissent la commande publique, au premier rang desquels l'égalité de traitement entre les candidats, et doit être lié à l'objet du marché. La proximité géographique d'une entreprise, dans le but de réduire les émissions de $CO_2$, ne peut être en tant que telle intégrée comme critère de sélection des offres : un tel critère présente un caractère discriminatoire au détriment des entreprises les plus éloignées* » (Rép. min. au sénateur Bailly, QE n° 10874, *JO Sénat Q.*, 22 janv. 2010, p. 130).

**Le contenu du bilan carbone doit être défini avec précision**. L'obligation de précision, lors de l'emploi du critère du développement durable dans le cahier des charges, s'inscrit dans la lignée jurisprudentielle de la Cour de justice de l'Union européenne. En effet, par une décision du 10 mai 2012, la Cour de justice se prononce, en matière de passation des marchés publics, sur la prise en compte par les pouvoirs adjudicateurs des objectifs de développement durable et sur la responsabilité sociale des entreprises. Dans cette décision, la Cour de justice réitère à nouveau la nécessité d'accorder ces objectifs avec les dispositions de la directive 2004/18/CE sur la passation des marchés publics, mais aussi avec le principe de transparence (Cour de justice de l'Union européenne, 10 mai 2012, aff. C-368/10, Commission européenne c/ Royaume des Pays-Bas).

**Le critère du bilan carbone exigé comme condition d'exécution du marché est encadré**. La réduction des émissions de $CO_2$ ne peut pas à elle seule être utilisée comme critère de

sélection des offres, car cela pourrait revêtir un caractère discriminatoire vis-à-vis des entreprises les plus éloignées. De plus, afin que le critère carbone ne soit pas détourné et utilisé pour justifier une préférence locale, la jurisprudence se montre sévère quant à l'exigence de la production d'un bilan carbone par le pouvoir adjudicateur. Ce dernier a l'obligation de déterminer les éléments essentiels que devront retenir les candidats pour établir leur bilan carbone, ou bien de fixer une méthode unique. À défaut de respecter ces formalités, il courrait le risque de manquer à ses obligations de publicité et de mise en concurrence (CE, 15 février 2013, Sté Derichebourg polyurbaine : « Le pouvoir adjudicateur avait exigé un bilan carbone sans en préciser le contenu ni en définir les modalités d'appréciation »).

### 4.1.9. Moyens en personnel et en matériel affectés au chantier

**Régularité du critère relatif aux moyens en personnel et en matériel affectés au marché**. Le Conseil d'État a d'abord estimé que si les dispositions de l'article 52 du Code des marchés publics, sur la sélection des candidatures, *« imposent au pouvoir adjudicateur de vérifier les capacités des candidats au moment de l'examen des candidatures,* **ces dispositions ne lui interdisent pas, s'il est non discriminatoire et lié à l'objet du marché,** ***de retenir un critère ou un sous-critère relatif aux moyens en personnel et en matériel affectés par le candidat à l'exécution des prestations du marché afin d'en garantir la qualité technique*** ». Il a cependant constaté qu'en l'espèce, le sous-critère « présentation de l'entreprise », prévu par l'AP-HP, *« impliquait une simple présentation générale de l'entreprise, sans rapport avec l'exécution technique du marché, qui permettait seulement une appréciation de la capacité professionnelle et technique des candidats et se rapportait à l'examen et à la sélection des candidatures* ». Il en a conclu que l'AP-HP avait manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence. Il a ajouté *« qu'eu égard à l'importance de ce sous-critère et même si tous les candidats ont obtenu, pour ce sous-critère, la même note, un tel manquement est susceptible d'avoir lésé la requérante »* (CE, 11 mars 2013, Assistance publique-Hôpitaux de Paris, AP-HP).

### 4.1.10. Contrôle par le juge de la seule erreur manifeste d'appréciation

**Choix des critères de sélection des offres : uniquement contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation**. Le Conseil d'État rappelle que *« s'il appartient au juge des référés précontractuels de relever un manquement aux obligations de mise en concurrence résultant de la définition par le pouvoir adjudicateur d'un système d'évaluation des offres susceptible de conduire au choix de celle qui n'est pas économiquement la plus avantageuse, un tel manquement ne peut résulter que d'une erreur manifeste du pouvoir adjudicateur dans le choix des critères et de leurs modalités de mise en œuvre, eu égard aux diverses possibilités dont il dispose en la matière »* (CE, 20 février 2013, Ministre de l'Intérieur).

## 4.2. Pondération des critères et des sous-critères (CMP, art. 53)

**Le Code des marchés publics 2006 impose la pondération des critères pour les marchés passés selon une procédure formalisée lorsque plusieurs critères sont prévus**.

Le poids de chaque critère peut être exprimé par **une fourchette** dont l'écart maximal est approprié.

L'attention de l'acheteur public est appelée sur l'obligation et l'intérêt de la pondération des critères, telle que **publiée dans l'avis de publicité** ou dans les documents de la consultation.

**La jurisprudence** a mis en évidence l'insuffisance de la hiérarchisation qui conduit à appliquer à l'offre chaque critère l'un après l'autre, par ordre décroissant d'importance. Dans la réalité, cette seule hiérarchisation conduit le plus souvent à favoriser le premier critère, en général le prix, et à neutraliser les autres critères.

Le Conseil d'État a sanctionné la communauté d'agglomération de Marseille Provence Métropole, car elle ne justifiait pas d'une impossibilité de pondérer et qu'elle n'avait donc pu légalement se borner dans les documents de la consultation à hiérarchiser les critères d'attribution du marché litigieux (CE, 7 octobre 2005, Communauté urbaine de Marseille Provence Métropole).

Ainsi, le fait de recourir dans le règlement de la consultation à la simple hiérarchisation des critères sans justifier de l'impossibilité de pouvoir pondérer est constitutif d'un manquement aux obligations de publicité et de concurrence.

C'est **seulement** lorsque le pouvoir adjudicateur estime pouvoir démontrer que **la pondération n'est pas possible**, notamment du fait de la complexité du marché, qu'il **hiérarchise les critères par ordre décroissant d'importance**.

**La pondération des critères de sélection est la règle**. « *En dépit des difficultés techniques s'attachant au projet de réhabilitation de l'établissement thermal, le département de la Corse-du-Sud ne démontrait pas, pour le marché de maîtrise d'œuvre en cause, l'impossibilité technique d'une pondération des critères de sélection des offres choisis par lui* ». Dès lors, « *le juge des référés a pu en déduire, sans commettre d'erreur de droit, que le pouvoir adjudicateur avait manqué, pour ce premier motif, à ses obligations de publicité et de mise en concurrence* » (CE, 6 décembre 2013, Département de Corse-du-Sud).

**Indiquer les critères permettant la sélection des offres et leurs conditions de mise en œuvre**. Le pouvoir adjudicateur a l'obligation d'indiquer dans les documents de la consultation les critères d'attribution du marché et leurs conditions de mise en œuvre. En revanche, il n'est pas tenu d'informer les candidats de la méthode de notation des offres. L'avis d'appel public à la concurrence qui précisait que l'offre économiquement la plus avantageuse serait déterminée en fonction de la valeur technique retenue pour 60 % et du prix des prestations pour 40 %, et précisant que « *le critère valeur technique sera évalué pour moitié en fonction d'une part de l'organisation du chantier, du phasage et du planning afin de respecter les délais, d'autre part de la provenance et de la qualité des matériaux* était donc régulier » (CE, 31 mars 2010, Collectivité territoriale de Corse).

**Il faut indiquer la pondération des critères et de certains sous-critères dans l'AAPC**. La problématique des sous-critères revêt une grande importance sur le plan pratique, car de nombreux pouvoirs adjudicateurs y recourent pour procéder à une évaluation des offres la plus fine possible. Or, si l'intérêt pratique du recours aux sous-critères n'est nullement contesté, aucun texte, d'origine communautaire ou nationale, ne fait référence ni ne mentionne les sous-critères. L'article 53-II du Code des marchés publics ne mentionne que les critères d'attribution et précise qu'ils doivent être définis dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation.

Dès lors que les **sous-critères ne sont qu'une simple aide complémentaire et marginale à la décision, ils n'ont pas à être publiés**. Mais lorsqu'ils sont considérés comme des **éléments d'appréciation à part entière**, leur utilisation ne peut se faire au détriment des principes

essentiels qui régissent l'achat public, et en particulier la transparence et l'égalité de traitement des candidats : **leur pondération doit alors être indiquée dans l'avis d'appel public à la concurrence** ou le règlement de la consultation (CAA Bordeaux, Ordonnance du 12 octobre 2007, Région Réunion c/ préfet de la Réunion).

**Sous-critères de sélection : publicité de leur contenu et de leur pondération**. La cour d'appel de Bordeaux rappelle que les dispositions de l'article 53 du Code des marchés publics « *ne s'opposent pas à ce qu'une commission d'appel d'offres accorde un poids spécifique aux sous-éléments d'un critère d'attribution en procédant à une ventilation, entre ces derniers, du nombre de points prévu au titre de ce critère par la personne publique lors de l'avis d'appel public à la concurrence* ». Elle subordonne, cependant, cette faculté à deux conditions : il faut, d'une part, « *que ces sous-éléments aient été établis à l'avance* » et, d'autre part, « *que la ventilation entre ces sous-éléments ne modifie pas les critères d'attribution du marché définis dans le règlement de la consultation ou dans l'avis d'appel public à la concurrence* ». Au cas d'espèce, la collectivité publique avait décomposé le critère de la valeur technique, pondéré à 60 %, en huit sous-critères dont sept étaient notés sur un et le dernier (relatif au circuit de collecte) était noté sur trois, sans cependant respecter aucune des conditions mentionnées plus haut. Bien que le règlement de la consultation précisait que le critère de la valeur technique serait apprécié au regard du mémoire technique des candidats et que celui-ci devrait préciser les modalités d'exécution du service au regard du CCTP ainsi que la méthode d'organisation précisée, la cour a estimé que **ces indications ne pouvaient pallier l'absence d'une mention explicite des sous-critères. Quant à la pondération des critères – qui n'était mentionnée dans aucun des documents du marché –, la cour ne conteste pas que sa publication n'était pas obligatoire, mais elle considère qu'en l'espèce, le coefficient important attribué au seul sous-critère relatif au circuit de collecte imposait que sa pondération soit communiquée aux candidats, car elle était de nature à influer sur la préparation de leurs offres**. En conséquence, la cour annule le marché déféré par le préfet (CAA Bordeaux, 14 mai 2009, Communauté d'agglomération du Territoire de la Côte Ouest).

**Nécessité d'informer sur les sous-critères lorsqu'ils sont pondérés**. Le Conseil d'État considère que les dispositions de l'article 53 du Code des marchés publics « *imposent au pouvoir adjudicateur d'informer les candidats des critères de sélection des offres ainsi que de leur pondération ou hiérarchisation ; que si le pouvoir adjudicateur décide, pour mettre en œuvre ces critères de sélection des offres, de faire usage de sous-critères également pondérés ou hiérarchisés, il doit porter à la connaissance des candidats la pondération ou la hiérarchisation de ces sous-critères dès lors que, eu égard à leur nature et à l'importance de cette pondération ou hiérarchisation, ils sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres par les candidats ainsi que sur leur sélection et doivent en conséquence être eux-mêmes regardés comme des critères de sélection* » (CE, juin 2010, Commune de Saint-Paul-de-Mons).

**Dans certains cas, l'absence de publicité de la pondération des sous-critères n'est pas irrégulière**. Il existe des cas dans lesquels la publicité de la pondération des sous-critères n'est pas obligatoire. Le litige portait sur une procédure d'appel d'offres pour un marché de location d'engins de chantier avec conducteurs pour un service archéologique. Les sous-critères utilisés par le maître d'ouvrage pour le critère « valeur technique » étaient : le « descriptif détaillé des matériels », la « méthodologie pour l'adaptation des engins aux travaux spécifiques d'archéologie » et la « qualification et [l'] expérience des conducteurs d'engin ». Ces sous-critères, connus des candidats, étaient respectivement pondérés à 8, 6 et 6 points, sans que cette pondération ait été, elle, communiquée. La cour a estimé qu'« *il ne résult*[ait] *pas de*

*l'instruction que l'absence de publicité de la pondération de ces sous-critères, au demeurant très faible dans son amplitude et qui ne modifiait pas les attentes définies par le pouvoir adjudicateur dans le règlement de consultation, ait été en l'espèce de nature à exercer une influence sur la présentation des offres par les entreprises candidates ainsi que sur leur sélection, ni qu'elle ait été de nature à porter atteinte aux principes de liberté d'accès à la commande publique, d'*égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures au sens de l'*article 1er du Code des marchés publics* » (CAA Nantes, 20 juillet 2012, Société Axiroute).

## 4.3. Les offres anormalement basses (OAB)

L'article 55 du Code des marchés publics précise que « *si une offre* ***paraît anormalement basse****, le pouvoir adjudicateur* ***peut la rejeter*** *par décision motivée après avoir demandé par écrit les précisions qu'il juge utiles* ***et*** *vérifié les justifications fournies.*

*Pour les marchés passés selon une procédure formalisée par les collectivités territoriales, c'est la commission d'appel d'offres qui rejette par décision motivée les offres dont le caractère anormalement bas est établi.*

***Peuvent être prises en considération*** *des justifications tenant notamment aux procédés de construction, aux conditions exceptionnellement favorables dont dispose le candidat pour exécuter les travaux, l'originalité de l'offre*. »

### 4.3.1. Les risques à retenir une OAB

**Un risque financier**. Retenir une offre anormalement basse fait peser un risque sur les deniers publics du fait d'une mauvaise exécution possible du marché. Le prix proposé est sous-estimé au vu des prestations décrites dans le cahier des charges. L'offre qui paraissait financièrement intéressante, s'avère, au final, plus coûteuse et risque de remettre en cause les conditions de la mise en concurrence initiale.

**Un risque de défaillance**. L'entreprise, en difficulté financière, présente un prix très bas afin de remporter le marché, mais qui ne lui permet pas d'assumer l'exécution des prestations. Le pouvoir adjudicateur doit alors gérer la défaillance du titulaire (rupture d'approvisionnement, arrêt de chantier…) et relancer une procédure pour la passation d'un marché de substitution.

**Un risque de qualité**. Le prix ne correspondant pas à la réalité économique, les prestations exécutées seront de mauvaise qualité et ne rempliront pas les exigences techniques du cahier des charges. Les délais pourront être dépassés et les conditions de sécurité non respectées.

**Un risque de travail dissimulé**. Afin de compenser le prix bas de son offre, le titulaire a recours à de la sous-traitance irrégulière, à l'emploi de salariés insuffisamment déclarés, ou à une concurrence étrangère déloyale.

**Un risque juridique**. Le juge exerce un contrôle complet sur le respect de la procédure. Le maître d'ouvrage est tenu de suivre les étapes décrites par l'article 55 du Code des marchés publics. S'il omet de demander des précisions à l'auteur de l'offre et la rejette, la décision d'attribuer le marché à un autre candidat est irrégulière (CE, Ass., 5 mars 1999, Président de l'Assemblée nationale).

L'entreprise pourra prétendre à être indemnisée si elle avait des chances sérieuses d'obtenir le marché (CAA de Nancy, 7 novembre 2013, Société TST-Robotics).

Le juge administratif exerce un contrôle restreint, celui de l'erreur manifeste d'appréciation, sur le caractère anormalement bas d'une offre, qu'il soit saisi par un candidat évincé pour refus de rejeter une OAB, ou au contraire par l'attributaire pressenti pour rejet de l'OAB (CE, 1er mars 2012, Département de Corse-du-Sud ; CE, 29 janvier 2003, Département d'Ille-et-Vilaine ; et CE, 29 octobre 2013, Département du Gard).

Les tribunaux saisis par un candidat évincé considèrent que le pouvoir adjudicateur a méconnu ses obligations de mise en concurrence et d'égalité d'accès aux marchés publics (TA Cergy-Pontoise, Ord., 18 février 2011, SCP Claisse et associés).

### 4.3.2. Comment détecter une OAB

**Pas de définition de l'OAB**. Ni le Code des marchés publics (article 55) ni les directives (art. 69 de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014, et art. 84 de la directive 2014/25/UE du 26 février 2014) ne donnent de définition de l'offre anormalement basse.

Mais une offre peut être qualifiée d'anormalement basse si son prix ne correspond pas à une réalité économique et qu'il compromet ainsi la bonne exécution du marché.

Les maîtres d'ouvrage doivent donc apprécier la réalité économique des offres, afin de différencier une OAB d'une offre qui ne l'est pas.

**La prise en compte de plusieurs indices extérieurs à l'entreprise**. Le maître d'ouvrage peut se servir de plusieurs indices pour détecter une OAB, mais cela ne suffit pas pour autant à qualifier automatiquement l'offre d'OAB.

**La prise en compte du prix de l'offre**. La sous-évaluation financière des prestations constitue le premier indice évident de l'offre anormalement basse.

**L'utilisation d'une formule mathématique pour déterminer un seuil d'anomalie**. Le maître d'ouvrage peut utiliser une formule mathématique afin de déterminer un seuil d'anomalie en deçà duquel les offres sont qualifiées d'OAB. Il s'agit de donner un coup de projecteur sur les offres qui paraissent suspectes par rapport aux autres offres remises lors de la consultation.

**À titre d'exemple, la Fédération française du bâtiment (FFB) préconise la méthode suivante :**

– l'administration calcule la moyenne des offres des entreprises ;
– les offres se situant 20 % au-dessus de cette moyenne sont considérées comme anormalement hautes et sont neutralisées pour le calcul suivant ;
– une nouvelle moyenne est calculée, excluant ces offres anormalement hautes ;
– sont détectées suspectes, car spécialement basses, les offres dont le prix se situerait au-dessous de 10 % par rapport à la nouvelle moyenne.

Ces offres qui sont inférieures au seuil des 10 % feront l'objet d'un examen particulier par la commission d'appel d'offres ou par le représentant du pouvoir adjudicateur qui demanderont par écrit des précisions sur la composition de ces offres aux candidats concernés. Les candidats concernés devront, dans le délai de ..... jours, à compter de la réception de la demande, fournir par écrit les justifications qu'ils jugent nécessaires.

Conformément aux dispositions de l'article 55 du Code des marchés publics, la commission d'appel d'offres/ le représentant du pouvoir adjudicateur pourra prendre en considération les justifications fournies par les entreprises tenant aux aspects suivants :
– les modes de fabrication des produits, les modalités de la prestation des services, les procédés de construction ;
– les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le candidat pour exécuter les travaux ;
– l'originalité de l'offre ;
– les dispositions relatives aux conditions de travail en vigueur là où la prestation est réalisée ;

– l'obtention éventuelle d'une aide d'État par le candidat.
La commission d'appel d'offres/le représentant du pouvoir adjudicateur, après avoir examiné ces justifications, retiendra les offres dûment justifiées et rejettera par décision motivée, conformément à l'article 55 du Code des marchés publics, celles qui ne l'auront pas été.

**En revanche, pas de méthode arithmétique pour exclure automatiquement une OAB**. Le mécanisme d'exclusion automatique des offres anormalement basses sur la base d'un critère mathématique est illégal (CJCE, 22 juin 1989, Sté Fratelli Costanzo SPA c/ commune de Milan, C-103/88).

Le pouvoir adjudicateur ne peut pas non plus rejeter une offre sur le seul motif qu'elle serait inférieure à un seuil fixé en amont. (CJCE, 27 novembre 2001, Impresa Lombardini SPA, C-285/99 ; et CJCE, 15 mai 2008, SECAP c/ commune di Torino, C-147/06).

**La comparaison avec les autres offres**. Constater un écart significatif entre le prix proposé par un candidat et celui de ses concurrents est un élément permettant de qualifier l'offre d'anormalement basse (CAA Marseille, 12 juin 2006, SARL Stand Azur, n° 03MA02139).

Un écart significatif entre le prix proposé par un candidat et celui de ses concurrents peut être apprécié en fonction d'un seuil déterminé par la moyenne des offres reçues (TA Lyon, Ord., 24 février 2010, Société Isobase, n° 1000573 : « Offre d'un montant deux fois moins élevé que la moyenne des offres »), avec éventuellement neutralisation des offres les plus hautes.

Toutefois, le maître d'ouvrage ne peut se fonder sur le seul écart de prix entre deux offres pour qualifier une offre d'OAB, sans rechercher si le prix en cause était en lui-même manifestement sous-évalué, c'est-à-dire susceptible de compromettre la bonne exécution du marché (CE, 29 mai 2013, Ministre de l'Intérieur c/ Sté Artéis).

**La comparaison avec l'estimation du maître d'ouvrage**. La différence conséquente entre le prix d'un candidat et l'estimation du maître d'ouvrage peut être un élément d'identification d'une OAB, sans pour autant constituer un référentiel unique justifiant l'élimination automatique de certaines offres.

**Les obligations qui s'imposent aux candidats**. Il appartient au maître d'ouvrage de s'assurer que l'offre présentée permet à son auteur de respecter les obligations du Code du travail et la rémunération des salariés. Le Conseil d'État a jugé que le droit, pour tout salarié, de percevoir une rémunération au moins égale au SMIC était un principe général du droit (CE, 23 avril 1982, Ville de Toulouse).

Une attention particulière doit être portée par les maîtres d'ouvrage sur les marchés à forte main-d'œuvre, tels que les marchés de travaux de bâtiment.

### 4.3.3. Comment traiter une offre suspectée d'être une OAB

L'absence de procédure contradictoire et l'exclusion automatique d'un candidat dont l'offre est suspectée d'être une OAB sont sanctionnées par le juge (TA Lille, 25 janvier 2011, Sté nouvelle SAEE, n° 0800408).

Pas de rejet d'une offre basse en se servant de points sur lesquels aucune précision n'a été demandée. En présence d'une offre suspecte, le pouvoir adjudicateur ne peut rejeter celle-ci comme anormalement basse en utilisant des motifs concernant des points sur lesquels ni justifications ni précisions n'ont été demandées (CAA Bordeaux, 7 avril 2005, Commune de Bordeaux).

**Obligation de demander des explications et d'en apprécier la pertinence lorsque l'offre paraît anormalement basse**. Après avoir identifié les offres susceptibles d'être des OAB, le maître d'ouvrage a l'obligation de demander des explications à leurs auteurs et d'en apprécier la pertinence, afin de prendre une décision d'admission ou de rejet. Cette procédure contradictoire ne relève pas d'une simple faculté, mais constitue une obligation (CJUE, 29 mars 2012, SAG ELV Slovensko, C-599/10 ; et fiche technique du ministère de l'Économie : www.economie.gouv.fr).

La procédure contradictoire de l'article 55 permet au maître d'ouvrage de s'assurer que les prix proposés sont économiquement viables et que le candidat a pris en compte l'ensemble des exigences formulées dans le dossier de consultation. Il énumère les justifications qui peuvent être prises en considération par le pouvoir adjudicateur (les procédés de construction, les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le candidat pour exécuter les travaux, l'originalité de l'offre…).

Un courrier doit lui être adressé, l'informant que son offre est suspectée d'être une OAB et lui demandant de fournir toutes les justifications qu'il jugera utiles. En effet, le candidat doit pouvoir faire valoir son point de vue et démontrer le sérieux de son offre.

**Un délai de quatre jours laissé au candidat pour justifier son offre est suffisant**. La cour administrative d'appel de Paris a jugé que le délai de quatre jours, incluant deux jours non ouvrés, laissé au candidat pour justifier son offre était suffisant dès lors que la réponse à apporter n'appelait pas « de réponses d'une particulière technicité » (CAA Paris, 6 mai 2004, Pôle Emploi).

**La FFB propose un courrier type qui est repris par l'Association des maires de France (AMF) et l'Association des petites villes de France (APVF).**

PRÉAMBULE

En application de l'article ….. du règlement de la consultation pour le marché relatif à l'opération de ……, votre offre relative au(x) lots n°……. s'avère potentiellement anormalement basse.

Dans le but de permettre à la commission d'appel d'offres/la personne responsable du marché d'apprécier sa composition, veuillez préciser si vous vous trouvez dans un ou plusieurs des cas de figure suivants :

*******

☐ Votre entreprise mettra-t-elle en Suvre sur le chantier un procédé de construction particulier ?

1.1. ○ OUI ○ NON (cochez la case correspondante)

1.2. Si oui, le ou lesquels ?

.....

.....

1.3. Quelle est son incidence chiffrée sur votre offre (à préciser pour l'ensemble du ou des poste(s) concerné(s) et obligatoirement exprimés en euros et hors taxes) ?

.....

.....

☐ Avez-vous, pour aboutir à votre prix, adopté des solution(s) technique(s) particulière(s) ?

2.1. ○ OUI ○ NON (cochez la case correspondante)

2.2. Si oui, laquelle ou lesquelles ?

.....

.....

2.3. Quelle est son incidence chiffrée sur votre offre (à préciser pour l'ensemble du ou des poste(s) concerné(s) et obligatoirement exprimés en euros et hors taxes) ?

.....

.....

☐ Disposez-vous de condition(s) exceptionnellement favorable(s) pour exécuter les travaux du présent marché ?

3.1. ○ OUI ○ NON (cochez la case correspondante)

3.2. Si oui, laquelle ou lesquelles ?

.....

.....

3.3. Quelle est son incidence chiffrée sur votre offre (à préciser pour l'ensemble du ou des poste(s) concerné(s) et obligatoirement exprimés en euros et hors taxes, si nécessaire joindre en annexe les explications détaillées) ?

.....

.....

☐ Votre projet comporte-t-il une originalité particulière ?

4.1. ○ OUI ○ NON (cochez la case correspondante)

4.2. Si oui, laquelle ou lesquelles ?

.....

.....

4.3. Quelle est son incidence chiffrée sur votre offre (à préciser pour l'ensemble du ou des poste(s) concerné(s) et obligatoirement exprimés en euros et hors taxes) ?

.....

.....

Fait à ....., le.....

Signature (+ cachet de l'entreprise)

**Si ces éléments sont convaincants, il peut requalifier l'offre de « normale », et l'inclure dans l'analyse des offres** sur la base des critères de sélection annoncés dans l'avis d'appel à la concurrence. Mais, si les explications ne permettent pas d'établir le caractère économiquement viable de l'offre eu égard aux capacités économiques, techniques et financières de l'entreprise et de démontrer que le marché ne peut être correctement exécuté, le maître d'ouvrage est tenu de la rejeter par décision motivée.

L'absence de réponse du soumissionnaire à la demande d'explications du pouvoir adjudicateur permet au pouvoir adjudicateur d'exclure l'offre du candidat (CAA Bordeaux, 17 novembre 2009, SICTOM Nord, n° 08BX01571).

**Éviction justifiée d'une OAB, car justificatifs apportés non chiffrés**. La cour constate que « *pour justifier cette offre, l'association s'est bornée à mettre en avant, de façon très générale, sans aucune précision chiffrée et sans aucune pièce justificative, notamment comptable, les locaux permanents, l'équipe de conseillers et les matériels et équipements dont elle disposait, sa structure juridique à but non lucratif, son expérience et le partage des coûts de gestion avec ses financeurs* ». Pôle Emploi n'a commis aucune erreur manifeste d'appréciation en jugeant l'offre du candidat anormalement basse. Sa requête est rejetée (CAA Paris, 6 mai 2004, Pôle Emploi).

**Obligation de rejeter une offre qui compromet la bonne exécution du marché, et ce au nom de l'égalité de traitement**. Après avoir détecté l'offre qui paraissait anormalement basse et examiné les justificatifs demandés à l'entreprise, si l'offre est de nature à compromettre la bonne exécution du marché, le Conseil d'État juge que la retenir serait contraire au principe d'égalité de traitement des candidats et le pouvoir adjudicateur a l'obligation de la rejeter : « *Considérant que le fait, pour un pouvoir adjudicateur, de retenir une offre anormalement basse porte* ***atteinte à l'***égalité entre les candidats *à l'attribution d'un marché public ; qu'il résulte des dispositions précitées que, quelle que soit la procédure de passation mise en œuvre,* ***il incombe*** *au pouvoir adjudicateur qui constate qu'une offre paraît anormalement basse de* ***solliciter*** *auprès de son auteur toutes* ***précisions et justifications*** *de nature à expliquer le prix proposé* ; *que* ***si les précisions et justifications apportées ne sont pas suffisantes*** *pour que le prix proposé ne soit pas regardé comme manifestement sous-évalué et de nature,* ***ainsi, à compromettre la bonne exécution du marché****,* ***il appartient*** *au pouvoir adjudicateur de* ***rejeter l'offre*** » (CE, 29 mai 2013, Ministre de l'Intérieur ; et CE, 15 octobre 2014, Rabot Dutilleuil).

**Si, dans la phase de détection de l'OAB, le pouvoir adjudicateur peut prendre en compte des indices extérieurs à l'offre, dans la phase de rejet de cette offre, il ne peut se fonder que sur le seul prix de l'entreprise**. Contrairement à la phase de détection de l'OAB, le juge ne peut se fonder, pour estimer que l'offre de l'attributaire pressenti est anormalement basse, sur le seul écart de prix avec l'offre concurrente ou sur l'écart avec son estimation. Il doit rechercher si le prix en cause est en lui-même manifestement sous-évalué et, ainsi, susceptible de compromettre la bonne exécution du marché : « *Pour juger que la communauté de communes avait commis une erreur manifeste d'appréciation en retenant l'offre anormalement basse de l'ONF, le juge des référés du tribunal administratif de Châlons-en-Champagne s'est borné à relever que cette offre était très inférieure au prix proposé par la société MPF, à l'estimation du coût des travaux faite par le pouvoir adjudicateur ainsi qu'au prix des précédents marchés de restauration des autres tronçons de berges du Rognon conclus les années précédentes* ; *qu'en statuant ainsi, pour juger que l'offre de l'ONF était anormalement basse, par la seule comparaison de cette offre avec des offres concurrentes ou passées ou encore avec les estimations de prix du pouvoir adjudicateur, sans* ***rechercher si le prix proposé*** *par l'ONF* était ***en lui-même manifestement sous-évalué et susceptible de compromettre la bonne exécution du marché en cause****, le juge des référés a commis une erreur de droit* » (CE, 3 novembre 2014, ONF).

## 4.4. La méthode de notation des offres

**Le pouvoir adjudicateur définit librement la méthode de notation pour la mise en œuvre de chacun des critères de sélection des offres qu'il a définis et rendus publics.**

**Sans porter atteinte à la concurrence ou aboutir à ce que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie**. Une méthode de notation est entachée d'irrégularité si, en méconnaissance des principes fondamentaux d'égalité de traitement des candidats et de

transparence des procédures, elle est par elle-même de nature à priver de leur portée les critères de sélection ou à neutraliser leur pondération et est, de ce fait, susceptible de conduire, pour la mise en œuvre de chaque critère, à ce que la meilleure note ne soit pas attribuée à la meilleure offre ou, au regard de l'ensemble des critères pondérés, à ce que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie.

**Le candidat n'a pas à être informé de la méthode de notation des offres**. Il n'est pas obligatoire de publier les méthodes de notation des offres (CE, 31 mars 2010, Collectivité territoriale de Corse). Si le pouvoir adjudicateur doit indiquer dans les documents de la consultation les critères d'attribution du marché et leurs conditions de mise en œuvre, il n'est, en revanche, pas tenu d'informer les candidats de la méthode de notation des offres (CE, 2 août 2011, Syndicat mixte de la Vallée de l'Orge Aval).

**La méthode de notation la plus simple et la plus répandue**. Note/10 = (prix le plus bas/ prix de l'offre examinée) x 10. Si les offres non conformes ont été éliminées, c'est la méthode la plus simple et la plus neutre. Cette formule est celle qui est recommandée pour la plupart des marchés. Elle n'est cependant pas parfaite, car elle pénalise les offres de prix approchant l'offre la plus compétitive. Elle est notamment pertinente pour les marchés dont on sait par avance que les offres seront concentrées et les écarts de prix très faibles.

**Pas de notes négatives**. Un pouvoir adjudicateur ne doit pas choisir une méthode de notation des critères qui aboutirait à attribuer des notes négatives induisant un risque de surpondération de certains critères : « *Une telle note, en se soustrayant aux notes obtenues sur les autres critères dans le calcul de la note globale, serait susceptible de fausser la pondération relative des critères initialement définie et communiquée aux candidats* » (CE, 18 décembre 2012, Département de la Guadeloupe).

**Attribution automatique de la note maximale à la meilleure offre**. Le pouvoir adjudicateur peut choisir une méthode de notation qui, s'agissant de l'évaluation du critère technique, permet une différenciation des notes attribuées aux candidats, notamment par l'attribution automatique de la note maximale au candidat ayant présenté la meilleure offre (CE, 15 février 2013, n° 363854).

**La meilleure note sur le critère prix doit revenir au montant le plus bas**. « *La méthode de notation du critère prix doit permettre d'attribuer la meilleure note au candidat ayant proposé le prix le plus bas* » (CE, 29 octobre 2013, OPH Val-d'Oise Habitat).

**La méthode de notation doit être cohérente avec la pondération des critères**. La cour a considéré que « *la méthode de notation du critère du prix, en réduisant de manière très importante l'impact des écarts de prix entre les offres, a eu pour effet de neutraliser largement l'application de ce critère, de manière contradictoire avec sa pondération à 50 % égale à celle du critère de la valeur technique, et a ainsi entraîné une violation du principe de transparence des procédures* ». Elle en a déduit que le tribunal administratif d'Orléans pouvait, sur ce seul fondement, annuler les quatre marchés en cause (CAA Nantes, 21 décembre 2012, Commune de Belleville-sur Loire).

**Contestation de la méthode uniquement pour erreur de droit ou discrimination illégale**. Le Conseil d'État rappelle que « *la méthode de notation ne peut être utilement contestée devant le juge du référé précontractuel qu'en cas d'erreur de droit ou de discrimination illégale* » (CE, 11 mars 2013, n° 364551).

**La méthode de notation ne doit pas entraîner la neutralisation d'un critère de choix**. Le Conseil d'État rappelle que le pouvoir adjudicateur définit librement la méthode de notation

pour la mise en œuvre des critères de choix des offres. Cependant, cette méthode ne doit pas affecter la portée des critères et neutraliser leur pondération et aboutir à ce que la meilleure note ne soit pas attribuée à la meilleure offre, ou à ce que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie. Dans cette affaire, le règlement de la consultation prévoyait que pour le critère prix, chaque offre serait notée en fonction de son prix et du prix de l'offre la plus basse selon une formule particulière. Le Conseil d'État a considéré que cette méthode de notation avait pour effet de neutraliser les écarts entre les prix et que les offres ne pouvaient donc être différenciées qu'au regard des autres critères. Le principe de l'attribution à l'offre économiquement la plus avantageuse n'était pas respecté et la méthode était entachée d'irrégularité (CAA Nantes, 19 septembre 2013, Commune de Belleville-sur-Loire ; confirmé par le CE, 3 novembre 2014, Commune de Belleville-sur-Loire).

## 4.5. Variantes et options (CMP, art. 50)

Lorsque le pouvoir adjudicateur se fonde sur plusieurs critères pour attribuer le marché, il peut autoriser les candidats à présenter des variantes.

**Dans les procédures formalisées**, les variantes doivent être expressément autorisées par le pouvoir adjudicateur dans l'avis de publicité ou dans les documents de la consultation. *À défaut, elles sont interdites.*

**Pour les marchés à procédure adaptée**, les variantes sont, en principe, autorisées, sauf si le pouvoir adjudicateur les a expressément interdites.

**Il est possible de présenter une offre variante sans que celle-ci accompagne nécessairement une offre de base** (le décret n° 2011-1000 du 25 août 2011 a supprimé, au III de l'article 50, la phrase : « Les variantes sont proposées avec l'offre de base »).

**Les variantes ne doivent pas modifier, mais améliorer**. Une variante consiste en une modification, à l'initiative du candidat, de certaines spécifications décrites dans le dossier, en vue de présenter une offre financière plus intéressante ou une proposition technique plus performante que celles résultant des offres de base. Les variantes ne doivent pas modifier les exigences minimales du marché, mais améliorer ce qui peut l'être (TA Grenoble, ordonnance du 5 octobre 2009).

**Un dispositif favorable aux PME**. Le *Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics* (26 septembre 2014) précise (point 4.5) que : « *Le pouvoir adjudicateur aura tout intérêt, notamment dans les domaines techniques ou d'évolution rapide, à autoriser les variantes. Cela évite d'imposer des solutions routinières, favorisant ainsi l'accès des entreprises innovantes ou de nouvelles entreprises aux marchés publics. Ce dispositif est particulièrement favorable aux petites et moyennes entreprises. Toutefois, le pouvoir adjudicateur doit veiller à ce que les variantes proposées ne portent pas sur des éléments du cahier des charges identifiés par lui comme ne pouvant pas faire l'objet d'une variante et ne remettent pas en cause le projet de base (par exemple, proposer la construction d'un catamaran alors que la mise en concurrence portait sur celle d'un monocoque : CE, 28 juillet 1999, Institut français de recherche scientifique pour le développement en coopération et Société Océa). Toute proposition de variante qui ne respecte pas les exigences minimales et les limites imposées doit être rejetée.* »

**Une variante non autorisée ou interdite doit être rejetée**. Toute proposition de variante, lorsqu'elle n'est pas autorisée (procédures formalisées) ou lorsqu'elle est expressément interdite (procédures adaptées), doit être rejetée, sans examen.

Si la variante est déposée avec une **offre de base**, celle-ci **pourra**, en revanche, *être acceptée*, à condition qu'elle soit **complète**, **individualisée,** distincte de la variante et **conforme au cahier des charges**.

**Si le pouvoir adjudicateur décide de limiter le nombre de variantes autorisées**, le dépôt d'un nombre supérieur rend toutes les variantes irrégulières et doit conduire à leur rejet en bloc, sans qu'il soit procédé à leur examen. En effet, il n'appartient pas au pouvoir adjudicateur de se substituer au candidat pour déterminer, parmi toutes les variantes proposées, celles qui devraient être retenues ou écartées, afin de se conformer au nombre maximal des variantes autorisées.

**Les offres de base et les variantes sont jugées selon les mêmes critères** et selon les mêmes modalités, définis dans l'avis d'appel public à la concurrence ou les documents de la consultation. L'acheteur public doit donc attacher la plus grande attention à la définition des critères de choix de l'offre. Il veillera ainsi à définir des critères et des modalités de jugement des offres qui lui permettent de tenir compte des avantages attendus de l'ouverture aux variantes. Afin de pouvoir apprécier les variantes par rapport à ces critères, le règlement de la consultation devra donc mentionner non seulement les documents à produire au titre de la solution de base, mais également les pièces nécessaires à l'appréciation de l'intérêt des variantes.

**Bien identifier l'offre choisie**. Lors de la signature du marché, l'acheteur public veillera à bien identifier l'offre choisie, en précisant notamment s'il retient la variante ou l'offre de base.

**La prise en compte des objectifs de développement durable n'impose pas d'autoriser les variantes**. Le Conseil d'État indique que ni les dispositions de l'article 5 du Code des marchés publics ni celles de l'article 50 relatives aux variantes n'imposent une telle obligation (CE, 31 mars 2010, Syndicat mixte région Auray-Belz-Quiberon).

**Variante et moyens techniques mis en œuvre**. Le Conseil d'État a rappelé que les variantes « *constituent des modifications, à l'initiative des candidats, de spécifications prévues dans la solution de base décrite dans les documents de la consultation* » et qu'elles étaient admises dans les MAPA, sauf décision contraire de l'acheteur public. L'obligation de compléter le CCTP sur les moyens techniques mis en œuvre pour exécuter le marché ne constitue pas une variante (CE, 5 janvier 2011, Commune de Bonneval-sur-Arc).

**Périmètre des variantes non défini** : **annulation d'un marché passé en appel d'offres**. Un candidat non retenu a engagé un recours « Tropic » contre la validité d'un marché. Le règlement de l'appel d'offres prévoyait que « les solutions variantes proposées devront indiquer clairement leur objet et leur intérêt technique et économique ». La cour a estimé que « *cet article n'apporte aucune précision sur la nature ou l'étendue des variantes que le pouvoir adjudicataire se proposait d'admettre, ni de précisions permettant de déterminer les caractéristiques minimales de l'offre de base qui ne pourraient être affectées par d'éventuelles variantes, pas plus que d'indications sur les modalités de présentation de cette variante, ainsi que l'exigent les dispositions de l'article 50 du Code des marchés publics* ». Elle en a déduit que « *du fait du non-respect de cette exigence, qui constitue un manquement aux obligations de transparence de la procédure et d'égalité de traitement des candidats, les variantes proposées n'auraient pas dû être prises en considération* » par le maître d'ouvrage. La cour en conclut que la procédure de passation devait être annulée et estime que l'entreprise évincée doit être indemnisée sur la base de la marge qu'elle devait retirer de l'exécution du marché litigieux, déduction faite des charges fixes et frais généraux directement liés au chantier (CAA Lyon, 11 octobre 2012, Syndicat mixte des eaux de l'Allier).

## 4.6. Erreur sur le DCE ou erreur matérielle de calcul

### 4.6.1. Erreur matérielle du maître d'ouvrage sur le DCE

**Non-respect de l'égalité des candidats en cas de modification du dossier de consultation (DCE)**. La modification du dossier de consultation, ne serait-ce que pour corriger des éléments erronés, a pour effet de modifier potentiellement les conditions de la concurrence et l'égalité des candidats. Ainsi, l'absence d'informations concernant des aspects substantiels du marché est de nature à porter atteinte à l'égalité des candidats lorsque ces informations ne sont connues que du titulaire sortant (Conseil d'État, 11 avril 2012, Chambre de commerce et d'industrie de Bastia et de la Haute-Corse, n° 355183). Il peut en aller de même à l'égard d'informations erronées, notamment s'il s'agit d'éléments de prix, qui sont considérés comme substantiels.

De ce fait, la présence d'erreurs dans une décomposition globale et forfaitaire (DPGF), notamment du fait de la personne publique, nécessite que la personne publique annule la procédure en cours.

**Modification du dossier de consultation avant la remise des offres admise dans certaines conditions**. Si la modification intervient avant la remise des offres, quelle que soit la procédure employée, elle implique, à condition que la faculté ait été prévue dans le règlement de consultation, d'une part, d'être communiquée à tous les candidats ayant déjà retiré un dossier de consultation, ainsi qu'à ceux qui, le cas échéant, le retireront par la suite, et d'autre part que le délai de remise des offres soit prorogé de manière à ce que les candidats soient en mesure de présenter une offre tenant compte de ladite modification (CE, 9 février 2004, Communauté urbaine de Nantes).

Par exemple, dans le cas d'un appel d'offres ouvert, si des modifications substantielles interviennent, comme c'est le cas s'il s'agit d'un élément du prix, il convient « d*e les porter à la connaissance des entreprises par un avis d'appel public à la concurrence rectificatif et de respecter un nouveau délai de cinquante-deux jours à compter de l'envoi à publication de cet avis rectificatif pour permettre aux entreprises, éventuellement dissuadées de présenter leur candidature par les indications portées sur l'avis initial, de disposer du délai utile pour déposer une offre* » (CE, 16 novembre 2005, Ville de Paris).

**Après la remise des offres, aucune modification possible**. Après la remise des offres, le Conseil d'État considère qu'en procédure d'appel d'offres ou de dialogue compétitif, aucune modification du dossier de consultation ne peut avoir lieu, même s'agissant d'obligations étrangères à l'objet du marché et n'ayant pas « *de rapport avec les modalités de fixation et de règlement de son prix* » (CE, 23 novembre 2005, SARL Axialogic). Dans le cas d'une procédure négociée, ne sont admises que « *des adaptations correspondant à des éléments d'information complémentaires apparues nécessaires en cours de procédure* », ce qui n'est pas le cas s'il s'agit d'éléments de prix (CE, 29 juillet 1998, Éditions Dalloz-Sirey et Société Ort).

**Information des candidats sur la teneur de la nouvelle demande et sur les conditions de mise en œuvre des critères d'attribution du marché**. Une commune a lancé une procédure adaptée pour la passation d'un marché de travaux. Un candidat a proposé la fourniture et l'installation de deux portes et non pas d'une comme indiqué dans le CCTP. Cette offre a été jugée pertinente par la commission d'appel d'offres de la commune « *eu égard à la circonstance que le rédacteur du CCTP aurait omis de mentionner dans ce document qu'il convenait de prévoir deux portes de service* ». La commune n'informe aucun des autres candidats et attribue le

marché à celui-ci. Un des candidats évincés saisit le juge. Il fait valoir que la société attributaire du marché n'a pas respecté les spécifications techniques en incluant une porte de service supplémentaire qui n'était pas prévue et demande l'annulation du marché. Pour sa défense, la commune fait valoir que la société attributaire n'a pas présenté une variante en ajoutant une porte vitrée, non prévue dans le cahier des clauses techniques particulières, « *dès lors qu'elle a simplement réparé l'erreur matérielle du rédacteur dudit document qui avait omis de mentionner une porte de service alors que deux portes de service étaient à remplacer* ». La cour rappelle que « *dans le cas où le pouvoir adjudicateur souhaite modifier sa demande ou retenir d'autres critères que ceux indiqués, l'information appropriée des candidats doit alors porter sur la teneur de sa nouvelle demande et sur les conditions de mise en œuvre des critères d'attribution du marché* ». Elle rejette le pourvoi de la commune qui n'a pas informé les autres sociétés pour qu'elles puissent elles aussi proposer deux portes. (CAA Lyon, 20 mars 2014, Commune de Dracy-le-Fort).

### 4.6.2. Erreur matérielle dans l'offre de l'entrepreneur

**Erreur matérielle : absence d'obligation pour la personne publique d'écarter spontanément l'offre de prix « non cohérente »**. En l'espèce, le règlement de la consultation reprenait la formulation suivante que l'on retrouve dans de nombreux règlements de la consultation : « *En cas de discordance constatée dans l'offre d'un candidat entre les prix forfaitaires, qui figurent dans le détail estimatif, et ceux qui figurent à l'état de prix forfaitaires, les indications portées en lettres sur ce dernier document prévaudront et le montant du détail estimatif sera rectifié en conséquence. Si le détail estimatif comporte des erreurs de multiplication, d'addition ou de report, elles seront également rectifiées… Dans le cas où des erreurs de multiplication, d'addition ou de report seront constatées dans la décomposition du prix forfaitaire figurant dans l'offre d'un candidat, il n'en sera pas tenu compte dans le jugement de la consultation. Toutefois, si l'entrepreneur concerné est sur le point d'être retenu, il sera invité à rectifier cette décomposition ou ce sous-détail pour les mettre en harmonie avec le prix forfaitaire correspondant. En cas de refus, son offre sera éliminée comme non cohérente*. »

La cour a retenu l'interprétation suivante :

- la personne publique doit **faire prévaloir le total général de l'offre** sur toutes autres indications ;
- la personne publique n'a **pas l'obligation d'inviter le candidat retenu à rectifier les erreurs** affectant la décomposition de son prix forfaitaire ;
- la personne publique n'a **nullement l'obligation de vérifier le détail des calculs des offres** présentées.

La cour estime que :

- l'entreprise candidate ne peut invoquer la nullité du marché pour vice du consentement ;
- elle ne peut pas non plus invoquer la responsabilité du maître d'ouvrage ;
- le **maître d'ouvrage est**, en revanche, **fondé à signer le marché** et à enjoindre le titulaire de débuter l'exécution ;
- le maître d'ouvrage est également fondé à résilier le marché à la suite du refus de l'entreprise d'exécuter l'ordre de service de démarrage des travaux et à mettre à sa charge le surcoût résultant du marché de substitution. Cependant, **ce surcoût doit être calculé par rapport à l'offre rectifiée du candidat et non pas par rapport à son offre initiale** affectée d'une erreur de calcul (CAA Marseille, 21 février 2008, SA Cassan).

**Possibilité de rectifier une erreur matérielle dans un cas exceptionnel**. Le Conseil d'État énonce que si le principe d'intangibilité des offres en marchés publics s'oppose « *en principe à toute modification du montant de l'offre à l'initiative du candidat ou du pouvoir adjudicateur, ce principe ne saurait recevoir application dans le cas exceptionnel où il s'agit de rectifier une erreur purement matérielle, d'une nature telle que nul ne pourrait s'en prévaloir de bonne foi dans l'hypothèse où le candidat verrait son offre retenue* ». En l'espèce, sur les 905 lignes de son bordereau de prix unitaires, une entreprise, suite à la demande de précisions du maître d'ouvrage, change un prix unitaire de 22 € au lieu de 220 €, modifiant ainsi son prix et le montant de l'offre. Le Conseil d'État estime que la rectification ne portait pas atteinte au principe interdisant de modifier l'offre, que la CAO avait donc eu tort d'écarter l'offre sur ce motif, et que ce manquement était susceptible d'avoir lésé le groupement candidat. Le Conseil d'État annule la procédure de passation à compter de l'examen des offres : le département n'a plus qu'à reprendre le processus à ce stade s'il entend donner suite à la procédure (CE, 21 septembre 2011, Département des Hauts-de-Seine).

**Rectification d'une erreur matérielle** : **oui** ; **rectification de l'offre** : **non**. Le Conseil d'État rappelle le principe de l'intangibilité de l'offre en appel d'offres ouvert, puisqu'il ne peut y avoir de négociation avec les candidats et qu'il est seulement possible de demander aux candidats de préciser ou de compléter la teneur de leur offre. En ne se bornant pas à rectifier le BPU, à savoir ramener les coûts journaliers à des coûts horaires, et en proposant de nouveaux coûts horaires supérieurs à ceux initialement indiqués, la société évincée n'a pas procédé à la rectification d'une erreur purement matérielle et a modifié son offre, violant ainsi le principe d'intangibilité des offres (CE, 16 janvier 2012, Département de l'Essonne).

**Une personne publique ne peut pas rectifier elle-même l'offre d'un candidat sans lui demander de précisions**. Le prix proposé par une entreprise retenue comprenait des prestations relevant d'un autre lot que celui pour lequel elle candidatait. Lors de l'analyse des offres, le pouvoir adjudicateur a retranché le montant correspondant du total du prix proposé, sans qu'une demande de précision soit effectuée au préalable. La cour d'appel de Douai a annulé le marché litigieux au motif que « *la rectification à laquelle il a été procédé, qui porte sur les caractéristiques substantielles de l'offre initiale, a eu pour effet de remettre en cause le classement entre les deux candidats au regard de leurs offres* ». Le prix et la valeur technique de l'offre étaient erronés. Il ne s'agissait donc pas d'une « *erreur purement matérielle* » susceptible d'être rectifiée. De plus, les juges relèvent que la modification a été « *opérée d'office par la commission d'appel d'offres sans recueillir l'accord de l'entreprise attributaire* » (CAA Douai, 17 janvier 2013, Préfet de la région Nord-Pas-de-Calais).

**Offre irrégulière. Interdiction de la modifier. Un acheteur ne peut pas rectifier une offre de prix**. L'acheteur ne peut pas prendre en compte des prix manquants, même s'il dispose de documents dans l'offre le lui permettant. Le Conseil d'État rappelle que les dispositions du Code des marchés publics (articles 35-I, 53-III et 59-1) *« interdisent au pouvoir adjudicateur de modifier ou de rectifier lui-même une offre incomplète, comme telle irrégulière »* et que s'il peut *« demander à un candidat des précisions sur son offre si celle-ci lui paraît ambiguë ou incertaine, ou l'inviter à rectifier ou à compléter cette offre sans que le candidat puisse alors en modifier la teneur »*, *« le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'inviter un candidat à préciser ou à compléter une offre irrégulière »*. Il a ensuite estimé qu'en se fondant sur le fait *« qu'à la lecture d'une autre pièce de l'offre* […]*, le pouvoir adjudicateur disposait de l'ensemble des éléments exigés par le règlement de la consultation, le juge des référés* [ne pouvait] *considéré que le pouvoir adjudicateur*

*pouvait compléter de lui-même l'offre de la société* » (CE, 25 mars 2013, Département de l'Hérault).

**Une erreur sur la présentation des prix peut entraîner la nullité du contrat**. La cour administrative d'appel de Marseille constate que, lors de la consultation, le jugement des offres s'est effectué sur le critère unique du prix, « *montant résultant de l'application des prix du bordereau des prix unitaires aux quantités non contractuelles du devis descriptif estimatif détaillé (DDED)* ». Ce DDED comportait deux colonnes : une pour le total des prestations de jour et une pour le total des prestations de nuit, le montant total étant la somme des deux. Or, en remplissant le DDED, l'attributaire du marché a commis l'erreur d'indiquer un montant total de 131 460 euros HT correspondant, en réalité, aux seules prestations de nuit. La cour constate que le montant total était en réalité de 289 720 euros HT. Pour le jugement des offres, la commune a pris en compte le montant total indiqué par le candidat sans le vérifier. De plus, la cour remarque que les autres candidats ont présenté des offres situées entre 150 000 et 170 000 euros. La cour juge que « *l'erreur matérielle commise par les sociétés appelantes a ainsi eu une incidence sur le classement final des offres des candidats, puisque le marché a été attribué aux candidats dont l'offre était la plus élevée* ». Selon elle, « *la conclusion du marché en litige résulte d'un vice d'une particulière gravité relatif aux conditions dans lesquelles la commune a donné son consentement qui est de nature à entraîner la nullité du contrat* ». De plus, « *les conclusions indemnitaires présentées par les sociétés appelantes sur le fondement contractuel ne peuvent qu'*être rejetées », puisque le contrat n'aurait jamais dû leur être attribué (CAA Marseille, 2 février 2015, Commune de Nice).

## 4.7. Durée de validité des offres

**Le délai de validité des offres doit être normal et raisonnable**. Aucune disposition législative ou réglementaire n'impose à un pouvoir adjudicateur d'indiquer le délai pendant lequel le candidat est tenu par son offre (CE, 20 mai 2009, Ministère de la Défense).

**Le délai est en général de 90 ou 120 jours**. Ce doit être indiqué dans l'avis d'appel public à la concurrence, qu'il soit communautaire ou national, et dans le règlement de la consultation. Il est habituellement de quatre-vingt-dix ou cent vingt jours. Le juge a considéré qu'un délai de **400 jours était excessif** (CE, 10 janvier 1986, Société des travaux du Midi).

Le retrait de l'offre avant le terme du délai de validité implique l'accord de la personne publique. Une entreprise pourra retirer son offre (cas d'une erreur matérielle) alors que le délai n'est pas encore expiré, à condition que le pouvoir adjudicateur l'y autorise, même si elle est attributaire du marché (CAA Paris, 10 février 2004, Préfet des Yvelines c/ Opievoy).

**Une fois le marché notifié, l'entreprise ne peut plus se retirer : elle encourrait une** résiliation du marché à ses **frais et risques**, c'est-à-dire en versant une indemnité au maître d'ouvrage en réparation du préjudice résultant de la rupture unilatérale du marché (CAA Nancy, 2 décembre 2004, Syndicat mixte de l'agglomération messine).

**Une entreprise ne peut se délier de son offre que si la commission d'appel d'offres n'a pas statué avant le terme du délai de validité des offres**. Un pouvoir adjudicateur peut légalement notifier un marché public à l'entreprise attributaire après l'expiration du délai de validité des offres si, s'agissant d'un marché local, la décision de la commission d'appel d'offres retenant l'offre de l'entreprise est intervenue avant cette date d'expiration. La notification, le

2 mars, d'une décision prise le 11 février est légale, dès lors que les offres étaient encore valides à la date de l'attribution (CE, 21 mars 2007, Commune de Lens).

De même, le Conseil d'État a jugé qu'un marché de travaux publics signé postérieurement à la date de la limite de validité des offres des entreprises n'était pas nul dès lors que l'entreprise retenue par la commission d'appel d'offres avait été choisie « *avant l'expiration de ce délai de validité des offres* » (CE, 26 septembre 2007, Office public d'aménagement et de construction du Calvados).

**Mais si le délai de validité est épuisé avant que la commission d'appel d'offres n'attribue le marché, le pouvoir adjudicateur doit obtenir l'accord de l'ensemble des candidats pour proroger le délai** (CAA Marseille, 25 mai 2007, Société Environnement Services).

À défaut d'accord, le pouvoir adjudicateur doit déclarer la **procédure sans suite** et relancer une nouvelle consultation.

**L'offre retenue d'un candidat, rejetée par erreur, nécessite de nouveau l'accord de ce candidat pour la conclusion du marché**. Pour le Conseil d'État, si la société avait remis une offre dont la durée de validité était de 120 jours à compter de la date limite de remise des offres, fixée au 12 avril 1999, « *la lettre du 11 mai 1999, par laquelle l'office public a informé la société que son offre n'avait pas été retenue par la commission d'appel d'offres, a eu pour effet de délier contractuellement la société… de l'engagement précédemment souscrit par elle* ». Le Conseil d'État en déduit que le marché ne pouvait dès lors être conclu « *qu'en recueillant à nouveau l'accord* » de la société, ce qui n'était pas le cas. Le maître d'ouvrage ne pouvait donc pas émettre un titre de recette à l'encontre de la société Cassan correspondant à la différence entre le montant de son offre et celui de l'entreprise qui lui a succédé (CE, 31 mai 2010, Société Cassan c/ Office public de l'habitat Hérault Habitat).

## 4.8. La notion d'offres irrégulière, inacceptable ou inappropriée

**Une offre irrégulière** est une offre qui, tout en apportant une réponse au besoin du pouvoir adjudicateur, est **incomplète** ou **ne respecte pas les exigences formulées** dans les documents de la consultation.

**Une offre est inacceptable** si les conditions qui sont prévues pour son exécution **méconnaissent la législation** en vigueur, ou si les crédits budgétaires alloués au marché après évaluation du besoin à satisfaire **ne permettent pas** au pouvoir adjudicateur **de la financer**.

**Une offre est inappropriée** si elle apporte une réponse sans rapport avec le besoin du pouvoir adjudicateur et si elle peut, en conséquence, être **assimilée à une absence d'offre**.

### 4.8.1. Les offres irrégulières

**Offre irrégulière devant être éliminée lorsque l'acte d'engagement n'est pas signé**. L'article 11 du Code des marchés publics précise que « *l'acte d'engagement est la pièce signée par un candidat à un marché public dans laquelle il présente son offre* ». La cour administrative d'appel de Bordeaux considère que la signature de l'acte d'engagement avant la date limite de remise des offres constitue une formalité substantielle dont la méconnaissance est de nature à entraîner le rejet de l'offre. Est ainsi irrégulière l'offre dont l'acte d'engagement, bien que paraphé en chacune de ses pages par un représentant de l'entreprise candidate, ne comportait sur la dernière page ni date, ni signature, ni la mention « lu et approuvé ». Peu importe que

les annexes de l'acte d'engagement aient, quant à elles, été signées, une telle circonstance n'était pas de nature à régulariser l'absence de signature de l'acte d'engagement lui-même qui constitue la pièce essentielle du marché (CAA Bordeaux, 4 mars 2010, Société Nicollin SAS, n° 08BX02366).

**Offre irrégulière si l'acte d'engagement ne contient pas toutes les informations essentielles**. Dans une procédure adaptée, un candidat n'avait pas complété l'annexe n° 1 de l'acte d'engagement dans laquelle il devait s'engager sur des délais d'exécution des prestations. Pour le Conseil d'État, les dispositions du règlement de la consultation conféraient aux mentions en cause « *le caractère d'une information essentielle sur laquelle devaient s'engager les candidats* ». Ainsi, le requérant ne pouvait « *utilement soutenir que le planning d'exécution des travaux qu'il a fourni à l'appui de son offre permettait au pouvoir adjudicateur de connaître les délais d'exécution des travaux* ». Le Conseil d'État en a déduit que l'offre était, pour ce seul motif, irrégulière (CE, 30 novembre 2011, Ministre de la Défense).

**Offre irrégulière en cas d'absence de signature électronique de l'acte d'engagement**. Le Conseil d'État rappelle le principe selon lequel « *une offre dont l'acte d'engagement n'est pas, avant la date limite de remise des offres, signé par une personne dûment mandatée ou habilitée à engager l'entreprise candidate est irrégulière et doit être éliminée comme telle avant même d'être examinée* ».

Il précise également que ladite société ne pouvait utilement soutenir qu'elle n'avait pas été informée de l'absence de signature électronique de l'acte d'engagement par un dispositif d'alerte spécifique dès lors que « *ni les dispositions de l'article 56 du Code des marchés publics ni les documents de la consultation ne prévoyaient la mise en place d'un tel dispositif* » et que l'accusé de réception envoyé par la plate-forme après le dépôt de son offre lui permettait de prendre connaissance du défaut de signature électronique de son acte d'engagement, et ainsi de décider de compléter son offre avant la date limite de remise des offres (CE, 7 novembre 2014, Bearing Point France).

**En MAPA, une offre irrégulière peut être conservée avant négociation, mais ce n'est pas une obligation**. Dans un MAPA, le pouvoir adjudicateur peut *« admettre à la négociation les candidats ayant remis des offres inappropriées, irrégulières ou inacceptables et ne pas les éliminer d'emblée »*. En revanche, après les négociations, il doit éliminer les offres restées inappropriées, irrégulières ou inacceptables. Mais, *« si le pouvoir adjudicateur peut, dans le cadre d'une procédure adaptée, décider d'engager une négociation avec les candidats ayant remis une offre irrégulière, il n'y est pas tenu »*. Le Conseil d'État en déduit que le ministère n'a pas manqué à ses obligations de mise en concurrence en refusant d'admettre le requérant à la phase de négociation au motif que son offre était irrégulière (CE, 30 novembre 2011, Ministère de la Défense).

**Offre irrégulière si le candidat n'a pas participé à la visite imposée des lieux**. Les offres qui ne respectent pas le règlement de la consultation sont irrégulières et doivent, par conséquent, être rejetées par le pouvoir adjudicateur. La consultation relative à la rénovation du théâtre de Redon prévoyait une **visite obligatoire** expressément fixée au 1er septembre à 13 h 30 et qui devait avoir lieu avec l'ensemble des candidats afin d'apprécier l'étendue des travaux à exécuter. Il était également précisé que les offres des candidats qui n'auraient pas effectué la visite seraient refusées. Les attributaires de deux des lots n'avaient pas participé à la visite des lieux prévue par le règlement de la consultation, mais avaient bénéficié d'une séance de rattrapage une semaine plus tard sans que les autres candidats en soient avisés. Le tribunal considère que, pour ce seul motif, leurs offres étaient irrégulières et devaient être rejetées et qu'en ne les écartant pas, la communauté de communes s'était rendue coupable d'un manquement

à ses obligations de publicité et de mise en concurrence propre à avantager les deux entreprises concernées et susceptible d'avoir lésé la société requérante (TA Rennes, Ordonnance du 25 octobre 2010).

**Est irrégulière une offre incomplète, que la CAO est obligée de rejeter**. Est irrégulière une offre qui ne contient pas toutes les pièces et renseignements requis des documents de la consultation, telle une annexe au CCAP (CE, 12 janvier 2011, Département du Doubs).

**Est irrégulière une offre qui, bien que complète, ne satisfait pas aux exigences de la consultation**. C'est le cas lorsque le candidat n'a pas mis le pouvoir adjudicateur en mesure d'identifier avec précision la consistance exacte de son offre et le prix unitaire qu'il entendait proposer (TA Marseille, 22 septembre 2011, Société Sysoco).

**Une offre n'est pas irrégulière si le CCAP présente des insuffisances**. Une offre qui ne chiffre pas certaines prestations ou minimise certaines quantités n'est pas irrégulière s'il « *ne ressort pas de l'instruction que les documents du marché impliquaient que soient nécessairement mentionnées les quantités minimales pour chacun des postes, ni qu'une telle mention soit indispensable pour vérifier le prix de vente unitaire des travaux* » (TA Nîmes, 16 juin 2011, Société Versant Travaux spéciaux).

**Obligation de rejeter une offre incomplète donc irrégulière**. Les candidats doivent remettre tous les documents exigés par le règlement de la consultation. La production, en cours d'instance, par un candidat d'un document constitué à partir d'éléments et informations extraits d'autres pièces de son offre est irrégulière, car il appartient au candidat de compléter et de fournir, avant l'expiration du délai de remise des offres, les documents adressés par le pouvoir adjudicateur. Le Conseil d'État en déduit que la commune devait rejeter cette offre au motif qu'elle était incomplète et donc irrégulière (CE, 27 février 2013, Commune de Nîmes).

**Offre irrégulière. Interdiction de la modifier. Un acheteur ne peut pas rectifier une offre de prix**. L'acheteur ne peut prendre en compte des prix manquants, même s'il dispose de documents dans l'offre le lui permettant. Le Conseil d'État rappelle que les dispositions du Code des marchés publics (articles 35-I, 53-III et 59-1) *« interdisent au pouvoir adjudicateur de modifier ou de rectifier lui-même une offre incomplète, comme telle irrégulière »* et que s'il peut *« demander à un candidat des précisions sur son offre si celle-ci lui paraît ambiguë ou incertaine, ou l'inviter à rectifier ou à compléter cette offre sans que le candidat puisse alors en modifier la teneur »*, *« le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'inviter un candidat à préciser ou à compléter une offre irrégulière »*. Il a ensuite estimé qu'en se fondant sur le fait *« qu'à la lecture d'une autre pièce de l'offre* […]*, le pouvoir adjudicateur disposait de l'ensemble des éléments exigés par le règlement de la consultation, le juge des référés* [ne pouvait] *considéré que le pouvoir adjudicateur pouvait compléter de lui-même l'offre de la société »* (CE, 25 mars 2013, Département de l'Hérault).

**L'analyse d'une offre irrégulière ne la régularise pas**. Le Conseil d'État a estimé *« qu'en jugeant que la communauté urbaine ne pouvait rejeter l'offre de la société Comatis comme irrégulière au motif que cette offre avait été préalablement analysée, notée puis classée par la commission d'appel d'offres, le juge des référés a commis une erreur de droit »* (CE, 29 mai 2013, Communauté urbaine Marseille Provence Métropole).

**Une offre très imprécise est incomplète, et peut être écartée en toute sécurité, y compris pour les marchés soumis à l'ordonnance de 2005**. Le candidat soulevait comme unique moyen à fin d'annulation de la procédure le fait qu'un des bordereaux de son offre contenait un prix égal à zéro à cause d'une erreur du logiciel le remplissant, et que, dès lors, son offre était imprécise. Le Conseil d'État rappelle, tout d'abord, que les marchés des OPH ne sont

pas soumis au Code des marchés publics, mais à l'ordonnance du 6 juin 2005. Pour la Haute Juridiction, non seulement une telle circonstance est constitutive d'une offre incomplète, mais cela permet aussi au pouvoir adjudicateur de l'écarter sans demander de précisions. « *Le règlement de la consultation du marché exigeait que figure dans les offres notamment un bordereau de prix relatif au "ramassage et traitement des bouteilles de gaz" ; … le bordereau figurant dans l'offre déposée par la société Sita Sud-Ouest ne comportait pas de manière explicite le prix de ces prestations* ». « *L'office public de l'habitat, qui a pu, à bon droit, regarder l'offre comme incomplète, et n'était pas tenu d'inviter la société Sita Sud-Ouest à la préciser, a pu, pour ce motif, ne pas la retenir* » (CE, 20 janvier 2014, OPH Communauté urbaine de Bordeaux).

**MAPA. Offre irrégulière : pas d'obligation de négocier**. Le Conseil d'État rappelle que « *le pouvoir adjudicateur qui, dans le cadre d'une procédure adaptée, décide de recourir à une négociation, peut librement choisir les candidats avec lesquels il souhaite négocier et peut en conséquence, dans le respect du principe d'égalité de traitement entre les candidats, admettre à la négociation les candidats ayant remis des offres inappropriées, irrégulières ou inacceptables et ne pas les éliminer d'emblée* » (CE, 30 novembre 2011). La cour administrative d'appel de Lyon précise, toutefois, que « *si le pouvoir adjudicateur peut, dans le cadre d'une procédure adaptée, décider d'engager une négociation avec les candidats ayant remis une offre irrégulière, il n'y est pas tenu* » (CAA Lyon, 30 janvier 2014, Commune d'Issoire).

**Une offre très imprécise et incomplète peut être écartée en toute sécurité**. Le pouvoir adjudicateur n'a pas à informer un candidat que son offre est incomplète, ni à lui donner la possibilité de la régulariser. Le candidat soulevait comme unique moyen à fin d'annulation de la procédure le fait qu'un des bordereaux de son offre contenait effectivement un prix égal à zéro à cause d'une erreur du logiciel le remplissant, et que, dès lors, son offre n'était qu'imprécise. Pour le juge, non seulement une telle circonstance est constitutive d'une offre incomplète, mais cela permet aussi au pouvoir adjudicateur de l'écarter sans demander de précisions (CE, 20 janvier 2014, Office public de l'habitat de la communauté urbaine de Bordeaux (Aquitanis)).

**N'est pas irrégulière l'offre rédigée dans une langue étrangère si les pièces du marché n'exigent pas la langue française**. La cour administrative d'appel de Douai rappelle les termes de l'article 5 de la loi du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française, selon lesquels « *quels qu'en soient l'objet et les formes, les contrats auxquels une personne morale de droit public ou une personne privée exécutant une mission de service public sont parties, sont rédigés en langue française* ». Elle juge que cette « *exigence n'est, en tout état de cause, pas directement applicable aux documents présentés dans le cadre d'un appel d'offres, que ces dispositions n'ont pas vocation à régir* ». Toutefois, le contrat qui sera conclu ultérieurement devra impérativement être rédigé en langue française. Elle constate que le règlement de la consultation autorisait les candidats à rédiger leurs offres en langue anglaise. Dès lors, « *l'offre de la société anonyme NHV comportant un document technique en langue anglaise n'était pas, de ce seul fait, irrégulière* » (CAA Douai, 13 février 2014, Centre hospitalier de Laon).

### 4.8.2. Les offres inacceptables

**Offre inacceptable. Une offre très chère n'est pas automatiquement inacceptable**. En l'espèce, l'office public de l'habitat avait jugé économiquement inacceptable et refusé de classer l'offre du candidat évincé au seul motif qu'elle était supérieure de 25 % à l'estimation de ses services. Ceci, sans apporter la preuve que l'offre de cette société n'aurait pu être financée par l'office. Cette pratique est contraire au droit : il faut systématiquement apporter

la preuve (budgétaire, dans ce cas précis) que l'acheteur n'a pas la possibilité d'accepter cette offre (CE, 24 juin 2011, OPH interdépartemental de l'Essonne, du Val-d'Oise et des Yvelines).

**Offre inacceptable. Manquement aux obligations de mise en concurrence si l'offre est retenue**. Le non-respect d'une réglementation applicable à des produits rend une offre inacceptable et constitue, si l'offre est retenue, un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Ce manquement affecte la seule phase de sélection des offres (CE, 30 septembre 2011, Département de la Haute-Savoie).

**Un prix excessif ne rend pas automatiquement une offre inacceptable**. Le ministère de l'Économie rappelle la solution dégagée dans l'arrêt du Conseil d'État du 24 juin 2011 : « *Dès lors que les crédits budgétaires alloués par le pouvoir adjudicateur lui donnent la possibilité de financer l'offre, celle-ci ne peut pas être rejetée comme inacceptable, quand bien même son prix se situerait largement au-dessus du montant estimé du marché.* » Pour les services du ministère, le caractère inacceptable de l'offre est directement lié à la capacité du pouvoir adjudicateur en matière de financement du projet d'achat : « *Sous réserve que son budget soit compatible avec le montant de l'offre, le pouvoir adjudicateur, malgré la différence entre l'estimation du coût du marché et ce montant, a l'obligation d'accepter l'offre et ne dispose pas de la possibilité de la déclarer économiquement inacceptable* » (*JO Sénat* du 22 août 2013).

### 4.8.3. Les offres inappropriées

**Offre inappropriée**. Il s'agira, par exemple, d'une offre qui correspond à une solution totalement différente de celle décrite au cahier des charges et qui pourrait être assimilée à une variante non autorisée. Autrement dit, c'est une non-conformité non régularisable.

## 4.9. Les pièces constitutives d'un marché

**Les pièces constitutives des marchés publics**. Les marchés publics de travaux sont des contrats écrits, même si le Code des marchés publics fait, en théorie, une exception pour ceux passés selon une procédure adaptée. Pour les marchés formalisés, les pièces contractuelles sont les suivantes.

**L'acte d'engagement**. C'est « *la pièce signée par un candidat à un marché public dans laquelle il présente son offre ou sa proposition dans le respect des clauses du cahier des charges qui déterminent les conditions dans lesquelles le marché est exécuté. Cet acte d'engagement est ensuite signé par la personne publique* » (CMP, art. 11). Une fois signé par l'autorité compétente, il crée le lien contractuel entre les parties. C'est le contrat.

**Il doit être signé. À défaut, l'offre est irrégulière et doit être éliminée**. L'article 11 du Code des marchés publics précise que « *l'acte d'engagement est la pièce signée par un candidat à un marché public dans laquelle il présente son offre* ». La cour administrative d'appel de Bordeaux considère que la signature de l'acte d'engagement avant la date limite de remise des offres constitue une formalité substantielle dont la méconnaissance est de nature à entraîner le rejet de l'offre. Est ainsi irrégulière l'offre dont l'acte d'engagement, bien que paraphé en chacune de ses pages par un représentant de l'entreprise candidate, ne comportait sur la dernière page ni date, ni signature, ni la mention « lu et approuvé ». Peu importe que les annexes de l'acte d'engagement aient, quant à elles, été signées, une telle circonstance n'est pas de nature à

régulariser l'absence de signature de l'acte d'engagement lui-même qui constitue la pièce essentielle du marché (CAA Bordeaux, 4 mars 2010, Société Nicollin SAS, n° 08BX02366).

**Il doit contenir toutes les informations essentielles. À défaut, l'offre est irrégulière**. Dans une procédure adaptée, un candidat n'avait pas complété l'annexe n° 1 de l'acte d'engagement dans laquelle il devait s'engager sur des délais d'exécution des prestations. Pour le Conseil d'État, les dispositions du règlement de la consultation conféraient aux mentions en cause « *le caractère d'une information essentielle sur laquelle devaient s'engager les candidats* ». Ainsi, le requérant ne pouvait « *utilement soutenir que le planning d'exécution des travaux qu'il a fourni à l'appui de son offre permettait au pouvoir adjudicateur de connaître les délais d'exécution des travaux* ». Le Conseil d'État en a déduit que l'offre était, pour ce seul motif, irrégulière (CE, 30 novembre 2011, Ministre de la Défense).

**L'absence de signature électronique de l'acte d'engagement rend l'offre irrégulière**. Le Conseil d'État rappelle le principe selon lequel « *une offre dont l'acte d'engagement n'est pas, avant la date limite de remise des offres, signé par une personne dûment mandatée ou habilitée à engager l'entreprise candidate, est irrégulière et doit être éliminée comme telle avant même d'être examinée* ».

Il précise également que ladite société ne pouvait utilement soutenir qu'elle n'avait pas été informée de l'absence de signature électronique de l'acte d'engagement par un dispositif d'alerte spécifique dès lors que « *ni les dispositions de l'article 56 du Code des marchés publics ni les documents de la consultation ne prévoyaient la mise en place d'un tel dispositif* » et que l'accusé de réception envoyé par la plate-forme après le dépôt de son offre lui permettait de prendre connaissance du défaut de signature électronique de son acte d'engagement, et ainsi de décider de compléter son offre avant la date limite de remise des offres (CE, 7 novembre 2014, Bearing Point France).

**Le cahier des clauses administratives particulières** (CCAP) fixe plus précisément les engagements contractuels du titulaire du marché. Il précise l'objet du marché, le nom et les fonctions des intervenants sur le chantier, donne la liste des pièces contractuelles, indique si le marché est conclu à prix unitaires ou à prix forfaitaire, fixe la durée d'exécution et les pénalités de retard, donne les délais de paiement et les procédures de paiement des situations mensuelles et du solde, règle les cas de résiliation du contrat, etc.

**Le cahier des clauses techniques particulières** (CCTP) rassemble les clauses techniques d'un marché déterminé. Ce sont les stipulations qui donnent une description précise des prestations à réaliser.

**Le bordereau des prix unitaires,** ou **le devis** établi par l'entreprise, ou la décomposition du prix global et forfaitaire.

**Le cahier des clauses techniques générales** (CCTG), s'il en existe un.

**Le cahier des clauses administratives générales applicables au marché** (CCAG). En marchés publics, ce document est le CCAG Travaux 2009 ; en marchés privés, cela peut être la norme Afnor NF P 03 001 ou tout autre document général rédigé par le promoteur ou le contractant général.

**Les annexes** administratives ou techniques (plans, plannings, maquettes, cahiers des clauses comptables, etc.).

**L'ordre de priorité des documents**. Le marché indique l'ordre de priorité des pièces contractuelles. Cet ordre est très important, car en cas de contradiction entre les différentes pièces

composant le marché, celles-ci (sauf cas d'erreur manifeste) prévalent dans l'ordre où elles sont énumérées (CMP, art. 12- 5).

## 4.10. Lutte contre la concurrence sociale déloyale (loi n° 2014-790 du 10 juillet 2014, dite « Savary », et décret d'application n° 2015-364 du 30 mars 2015)

### Une déclaration préalable de détachement renforcée

Un employeur établi hors de France peut détacher temporairement ses salariés sur le territoire national. Mais cet employeur doit obligatoirement effectuer auprès de l'unité territoriale compétente une déclaration préalable de détachement. Les mentions à faire figurer sur la déclaration de détachement sont précisées et complétées : ainsi devront être mentionnées les modalités de prise en charge par l'employeur des frais de voyage, de nourriture et, le cas échéant, d'hébergement des salariés détachés, les organismes auxquels l'employeur verse les cotisations de sécurité sociale…

### Un représentant chargé d'assurer la liaison avec les contrôleurs

Autre obligation : l'employeur détachant du personnel doit désigner un représentant de son entreprise sur le territoire national chargé d'assurer la liaison avec les agents de contrôle. C'est ce représentant qui sera tenu de présenter aux agents de contrôle les documents obligatoires listés par le décret (documents relatifs au détachement et aux salariés détachés, tels que bulletins de paie, attestations d'examen médical, relevés d'heures…).

### Une obligation de vigilance nouvelle pour le donneur d'ordre

Ces deux mesures – déclaration préalable et désignation d'un représentant – doivent être contrôlées par tout donneur d'ordre qui contracte avec une entreprise étrangère (à l'exception des particuliers). Selon les cas, il peut s'agir du maître de l'ouvrage à l'égard de l'entreprise titulaire du marché, ou d'une entreprise principale vis-à-vis de son sous-traitant ou d'une entreprise d'intérim, ou encore d'un sous-traitant vis-à-vis de son propre sous-traitant ou d'une entreprise d'intérim. Pour effectuer ces vérifications, le maître d'ouvrage ou le donneur d'ordre doit se faire remettre une copie de la déclaration de détachement et une copie du document de désignation du représentant. Elles s'ajoutent aux vérifications, prévues depuis longtemps en matière de lutte contre le travail dissimulé et l'emploi d'étrangers sans titre, à effectuer au moment de la conclusion du contrat puis tous les six mois (uniquement pour les contrats supérieurs à 5 000 € depuis le décret du 30 mars 2015).

### Sanction administrative

Le non-respect de l'une ou l'autre des obligations de déclaration de détachement et de désignation d'un représentant par l'entreprise établie à l'étranger sera sanctionné par une amende administrative prononcée par l'autorité administrative, sur constatation par un agent de contrôle. Cette amende sera au plus de 2 000 € par salarié détaché (4 000 € en cas de réitération dans le délai d'un an), dans la limite de 10 000 € (le projet de loi « Macron » prévoit de porter le montant de ce plafond à 500 000 €). La même sanction s'appliquera au maître d'ouvrage ou au donneur d'ordre pour avoir omis l'une ou l'autre de ses obligations

de vérification.

## Trois nouveaux devoirs d'injonction pour les donneurs d'ordre

***En matière de salaires***

En cas de non-respect des salaires minimaux, le maître de l'ouvrage ou le donneur d'ordre informé par écrit par un agent de contrôle doit immédiatement enjoindre son cocontractant ou un sous-traitant, direct ou indirect, de faire cesser sans délai cette situation. L'entreprise visée, qui peut être une entreprise étrangère ou française, doit dans un délai de sept jours maximum et par écrit informer le maître de l'ouvrage ou le donneur d'ordre des mesures prises pour régulariser la situation. Le maître de l'ouvrage ou le donneur d'ordre transmet aussitôt cette réponse à l'agent de contrôle, ou l'informe de l'absence de réponse reçue dans le délai de sept jours. Pour tout manquement à ses obligations d'injonction ou d'information, le maître d'ouvrage ou le donneur d'ordre sera tenu solidairement avec l'employeur du salarié au paiement des rémunérations, indemnités et charges dues.

***En matière d'hébergement collectif***

Lorsque le maître d'ouvrage ou le donneur d'ordre est informé par écrit du fait que des salariés de son cocontractant ou bien des salariés d'une entreprise sous-traitante sont soumis à des conditions d'hébergement collectif incompatibles avec la dignité humaine, il doit lui enjoindre aussitôt par écrit de faire cesser sans délai cette situation. Dès réception de l'injonction, le cocontractant ou l'entreprise sous-traitante informe dans un délai de vingt-quatre heures le maître d'ouvrage ou le donneur d'ordre des mesures prises pour faire cesser la situation. Le maître d'ouvrage ou le donneur d'ordre transmet aussitôt cette réponse à l'agent de contrôle auteur du signalement ou informe celui-ci, dès l'expiration des vingt-quatre heures, de l'absence de réponse. En l'absence de régularisation effective de la situation par l'employeur, le maître d'ouvrage ou le donneur d'ordre est tenu de prendre sans délai à sa charge l'hébergement collectif des salariés dans des locaux aménagés selon les normes applicables.

***En matière de droit du travail : durée du travail, assujettissement aux caisses de congés, salaire minimum, règles de sécurité, etc.***

Lorsque le maître d'ouvrage ou le donneur d'ordre est informé par écrit d'une infraction aux dispositions légales ou conventionnelles applicables aux salariés d'un sous-traitant, direct ou indirect, il doit enjoindre aussitôt, dans un délai de vingt-quatre heures, par écrit, à ce sous-traitant de faire cesser la situation. Le sous-traitant doit informer le maître d'ouvrage ou le donneur d'ordre dans un délai de quinze jours à compter de la réception de l'injonction, par écrit, de la régularisation de la situation. Le maître d'ouvrage ou le donneur d'ordre transmet aussitôt cette réponse à l'agent de contrôle auteur du signalement. En l'absence de réponse, le maître d'ouvrage ou le donneur d'ordre informe l'agent de contrôle dans les deux jours suivant l'expiration du délai de quinze jours. Pour tout manquement à ses obligations d'injonction ou d'information, le maître d'ouvrage ou le donneur d'ordre sera passible de l'amende pénale prévue pour les contraventions de la 5$^{e}$ classe (au plus, 1 500 €).

# 5. Les marchés à bons de commande et les accords-cadres

## 5.1. Les marchés à bons de commande

Un marché à **bons de commande** est un marché conclu avec **un ou plusieurs opérateurs économiques** et exécuté au fur et à mesure de l'émission de bons de commande (CMP, art. 77).

Les bons de commande peuvent porter, par exemple, sur des fournitures courantes, des services ou des travaux d'entretien.

Le marché **peut prévoir un minimum et un maximum** en valeur ou en quantité, ou être conclu sans minimum ni maximum. Le *Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics* du 26 septembre 2014 précise (point 7.2.1) :

> *Cependant, le pouvoir adjudicateur a toujours intérêt, si cela lui est possible, à conclure des marchés à bons de commande avec un minimum et un maximum. Cela lui permet d'obtenir des offres économiquement plus avantageuses…*
> *En contrepartie des conditions plus avantageuses qui peuvent lui être consenties, le pouvoir adjudicateur devra en assumer les conséquences contractuelles : si l'acheteur public n'atteint pas le minimum prévu au contrat, il devra indemniser son cocontractant du préjudice subi (CE, 18 janvier 1991, Ville d'Antibes contre SARL Dani) ; si l'acheteur public dépasse le maximum, il ne peut contraindre son cocontractant à assumer la part des prestations correspondante, sans conclure un avenant au marché : le titulaire du marché n'est, en effet, engagé par le marché qu'à hauteur du maximum. Toute commande complémentaire est subordonnée à son accord. Comme tout avenant, celui-ci ne peut bouleverser l'économie générale du marché, en en modifiant l'objet ou l'étendue.*

L'émission de bons de commande s'effectue sans négociation ni remise en concurrence préalable des titulaires, selon des modalités expressément prévues par le marché.

La durée d'un marché à bons de commande (sauf exception) ne peut dépasser quatre ans.

**Marchés à bons de commande traités comme des accords-cadres**. Dans un arrêt « Commune de Nanterre », le Conseil d'État a précisé que « *les marchés à bons de commande au sens de l'article 77 du Code des marchés publics, conclus avec un ou plusieurs opérateurs économiques et exécutés au fur et à mesure de l'émission de bons de commande sans négociation ni remise en concurrence, doivent être regardés comme des accords-cadres au sens des directives européennes 2004/18/CE et 2004/17/CE* ».

Ainsi, les rubriques du modèle d'avis d'appel public à la concurrence fixé par le règlement (CE) n° 1564/2005 doivent être remplies en ce sens. Cela signifie que doivent être renseignées, d'une part, la rubrique II.1.4 relative aux accords-cadres dans laquelle le pouvoir adjudicateur doit indiquer s'il envisage de conclure un tel accord avec un opérateur unique ou avec des opérateurs multiples, et, d'autre part, la rubrique II.1.3 en précisant qu'il s'agit d'un accord-cadre, et non d'un marché public (CE, 8 août 2008, Commune de Nanterre).

**Les bons de commande sont des modalités d'exécution des marchés à bons de commande, mais ne constituent pas eux-mêmes des marchés** (Rép. min. de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi, *JO Sénat* du 2 juillet 2009, p. 1676).

**L'avis d'appel public à la concurrence pour un marché à bons de commande ne doit pas obligatoirement indiquer la valeur totale des prestations à réaliser ainsi que la valeur et la fréquence des bons à passer**. L'annexe VII-A de la directive 2004/18/CEE du 31 mars 2004

relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services dispose que, dans le cas d'accords-cadres, l'avis de marché doit indiquer « *la valeur totale des prestations estimées pour toute la durée de l'accord-cadre ainsi que, dans toute la mesure du possible, la valeur et la fréquence des marchés à passer* ». Toutefois, le formulaire standard d'avis de marché établi par le règlement CE n° 1564/2005 du 7 septembre 2005 précise que l'estimation de la valeur totale des acquisitions pour l'ensemble de la durée de l'accord-cadre doit être indiquée « *le cas échéant* » et que la fréquence et la valeur des marchés à attribuer ne sont mentionnées que « *si elles sont connues* » (rubrique II.1.4). Ces mentions particulières démontrent qu'il s'agit d'informations à caractère non obligatoire et qu'elles ne peuvent être fournies que si elles sont connues. La circonstance que les marchés à bons de commande doivent être regardés comme des accords-cadres au sens de la directive précitée, comme le précise le Conseil d'État dans sa décision « Commune de Nanterre » du 8 août 2008, n'a pas d'incidence sur les obligations qui s'imposent aux acheteurs publics en matière de publicité (Rép. min. de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi, *JO Sénat* du 2 juillet 2009, p. 1676).

**Un marché à bons de commande peut indiquer un montant minimum sans prévoir de maximum**. Le Conseil d'État a jugé que le fait que le pouvoir adjudicateur lance un marché à bons de commande comportant un montant minimum sans indiquer de montant maximum ne rend pas la procédure de passation du marché irrégulière. Sur pourvoi de l'Union des groupements d'achats publics (UGAP), le Conseil d'État annule l'ordonnance du juge des référés précontractuels. Il précise que les dispositions de l'article 77 du Code des marchés publics « *ne font pas obstacle à ce que le pouvoir adjudicateur prévoie un minimum en valeur ou en quantité sans fixer de maximum et inversement ; qu'ainsi le juge des référés a commis une erreur de droit en jugeant que le choix d'un marché comportant un montant minimum impliquait que soit également indiqué un montant maximum* (CE, 24 octobre 2008, Union des groupements d'achats publics).

**Marché à bons de commande : droit à indemnité du cocontractant en cas de non-respect du minimum prévu**. La règle est que lorsqu'un marché à bons de commande fixe un minimum en valeur ou en quantité, le titulaire a droit à indemnité si ce minimum de commandes n'est pas atteint. La cour accorde donc au cocontractant une indemnité comprenant la perte de la marge bénéficiaire qu'aurait dégagée l'exécution du montant minimal des travaux prévus au marché et une fraction de la rémunération due au gérant lorsque ce minimum n'a pas été atteint. Pour ce faire, elle considère que les circonstances particulières liées au passage d'un cyclone ne suffisent pas à justifier l'abstention de la commune à passer les commandes prévues au contrat. On peut en déduire *a contrario* que l'entreprise se serait vu refuser tout droit à indemnité si les conditions climatiques avaient revêtu le caractère d'un cas de force majeure, empêchant la commune d'honorer ses engagements (CAA Paris, 20 novembre 2007, Commune de Koumac).

**Pas besoin de détailler la valeur de chaque prestation dans la publicité d'un marché à bons de commande**. Pour le Conseil d'État, en prévoyant un minimum et un maximum en valeur pour le marché à passer, l'OPAC Habitat Marseille Provence s'est conformé à l'article 77 du Code des marchés publics. Il en a déduit *« qu'en jugeant que le pouvoir adjudicateur a manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en ne publiant pas, en sus de ces deux valeurs, une estimation de la part que pouvait représenter dans l'ensemble du marché chacune des prestations distinctes demandées aux entreprises candidates, le juge des référés a commis une erreur de droit »* (CE, 18 juin 2010, OPAC Habitat Marseille Provence).

**Le titulaire a droit à ce que le minimum de commande soit honoré**. Contractuellement et juridiquement, l'indication d'un minimum de commande engage le pouvoir adjudicateur. L'acheteur public est tenu, sous peine d'indemnisation, de son cocontractant de lui passer

commande à hauteur du minimum. L'indemnité couvre le préjudice subi, comme par exemple la perte de marge bénéficiaire qu'aurait dégagée l'exécution du montant minimal des prestations prévues au marché (CE, 18 janvier 1991, Ville d'Antibes c/ Société Dani ; et CAA Paris, 16 septembre 2008, Société SCM Group France). Il s'agit de la marge nette résultant de l'écart entre le montant minimum du marché et celui des prestations réalisées (exemple : CE, 19 décembre 2012, Société AB Trans).

**Marchés à bons de commande et montant minimum d'un marché**. Un marché à bons de commande conclu pour une durée d'un an et renouvelable trois fois, était compris pour un an entre un minimum de 25 000 euros et un maximum de 100 000 euros. Le titulaire a engagé un recours indemnitaire du fait que le montant consommé par l'acheteur était de 15 000 euros environ sur deux ans, alors que le montant minimum des commandes était donc de 50 000 euros, montant que le titulaire réclame au SDIS devant le juge. La cour a rappelé que « *le préjudice subi par l'entrepreneur du fait de l'insuffisance des travaux commandés pour les deux années d'exécution du marché a consisté dans la perte de la marge bénéficiaire qu'aurait dégagée, en l'espèce, l'exécution du montant minimal des travaux prévu au marché et doit être évalué compte tenu de la différence entre ce montant et celui des travaux effectivement exécutés* ». De plus, il a été établi, suite à une demande de la cour, que la marge nette du marché pouvait être fixée à 8,5 % environ pour chacune des deux années d'exécution du marché. La différence entre le montant consommé et le montant minimum pour deux ans étant d'environ 34 000 euros, la cour a condamné le SDIS à verser au titulaire une somme de 3 000 euros TTC destinée à réparer son préjudice (CAA Douai, 13 juin 2013, SDIS du Nord).

**Le titulaire d'un marché ne peut demander l'annulation de la décision d'interrompre l'exécution d'une prestation d'un bon de commande**. Le Conseil d'État juge que la décision d'interrompre l'exécution d'une prestation objet d'un bon de commande « *constitue une simple mesure d'exécution du contrat n'ayant ni pour objet ni pour effet de mettre fin aux relations contractuelles entre la région et l'association,* [et] *n'est pas au nombre de celles dont le cocontractant de l'administration est recevable à demander l'annulation au juge du contrat et la suspension de l'exécution au juge du référé* » (CE, 25 octobre 2013, Région Languedoc-Roussillon).

**Un marché sans maximum doit être passé selon une procédure formalisée** et ce, même si sa valeur estimée est inférieure aux seuils européens. Le Conseil d'État rappelle qu'en vertu de l'article 27-VI du Code des marchés publics, la valeur estimée d'un marché à bons de commande sans montant maximum « *est réputée excéder les seuils de procédure formalisée* ». Il précise qu'il en est ainsi pour le marché litigieux « *alors même que la délibération de la communauté de communes autorisant le lancement de la procédure faisait état d'une valeur estimée inférieure* [aux seuils de la procédure formalisée] ». Ainsi, le marché devait être passé selon une procédure formalisée, ce qui devait donner lieu, notamment, à la publication d'un avis d'appel public à concurrence au *Journal officiel de l'Union européenne* (*JOUE*). Or cela n'a pas été fait. Se fondant sur l'article L. 551-18 du Code de justice administrative selon lequel « *le juge prononce la nullité du contrat lorsqu'aucune des mesures de publicité requises pour sa passation n'a été prise, ou lorsque a été omise une publication au* Journal officiel de l'Union européenne *dans le cas où une telle publication est prescrite* », le Conseil d'État annule le marché (CE, 17 décembre 2014, Communauté de communes de Varilhes).

**Les marchés à tranches conditionnelles** comportent une tranche ferme et une ou plusieurs tranches conditionnelles. Le marché définit la consistance, le prix ou ses modalités de détermination et les modalités d'exécution des prestations de chaque tranche (CMP, art. 72).

L'entreprise est engagée pour la totalité du marché (tranche ferme et tranche[s] conditionnelle[s]). Dès lors que le pouvoir adjudicateur décide d'affermir une tranche conditionnelle, l'entreprise doit l'exécuter aux conditions définies par le marché. En revanche, le pouvoir adjudicateur n'est engagé que sur la tranche ferme. Il garde toute latitude pour affermir ou non la ou les tranches conditionnelles. Toutefois, s'il décide d'affermir une tranche conditionnelle, il a l'obligation de la confier à l'entrepreneur avec qui il a passé le marché à tranches conditionnelles. Le CCAG Travaux 2009 indique dans l'article 10.4.2 que « *les prix de chaque tranche conditionnelle sont actualisés dans les conditions prévues par la réglementation en vigueur à la date à laquelle le candidat a fixé son prix dans l'offre* ».

## 5.2. Les accords-cadres

L'accord-cadre est une nouveauté du Code des marchés publics 2006.

**L'accord-cadre n'est pas un marché**, il définit un cadre général destiné à servir de base à des marchés subséquents.

Il peut être passé avec un ou plusieurs opérateurs économiques qui seront ensuite remis en concurrence pour chaque marché passé sur le fondement de l'accord. Il peut être utilisé à la place d'un marché à bons de commande ou en amont de marchés à bons de commande.

Les collectivités auront de plus en plus recours à cette procédure empreinte de formalisme et de souplesse.

**Mentions à communiquer dans l'AAPC par la personne publique**. La cour d'appel de Marseille rappelle qu'il faut indiquer, pour les accords-cadres, dans l'avis d'appel à la concurrence, « *la durée prévue de l'accord-cadre, la valeur totale des travaux estimée pour toute la durée de l'accord-cadre ainsi que, dans toute la mesure du possible, la valeur et la fréquence des marchés à passer* » et que cette exigence se retrouve dans le modèle d'avis fixé par le règlement CE n° 1564/2005. Elle a ensuite estimé que la seule description succincte des travaux en cause et « *la mention des fourchettes indicatives non contractuelles des montants des lots prévus […] dans le règlement de consultation – lequel ne fait pas l'objet des mêmes mesures de publicité que l'avis d'appel public à la concurrence et n'a vocation à être remis qu'aux entreprises qui ont manifesté leur intérêt pour le marché en cause – n'ont pas permis de connaître les besoins de la personne publique et ainsi l'étendue du marché* ». Elle en a déduit que, alors même que des entreprises avaient retiré un dossier de consultation et présenté une offre, ce vice a porté atteinte au principe de libre accès à la commande publique (CAA Marseille, 28 novembre 2012, Côte d'Azur Habitat).

### 5.2.1. Qu'est-ce qu'un accord-cadre ?

Un accord-cadre est un contrat conclu entre un pouvoir adjudicateur soumis au Code des marchés publics et une ou plusieurs entreprises, pour répondre à des besoins en matière de fournitures, de services ou de travaux. Il peut avoir une durée de quatre ans. Cet accord permet de définir un cadre général destiné à servir de base à de futurs marchés publics. L'accord-cadre n'est pas un marché public. Un accord-cadre peut prévoir un minimum et un maximum en valeur ou en quantité ou être conclu sans minimum ni maximum. On distingue deux phases principales : la conclusion des accords-cadres, puis, dans un deuxième temps, la passation des marchés subséquents.

### 5.2.2. Qu'est-ce qu'un marché subséquent ?

Les marchés subséquents sont les marchés passés sur le fondement d'un accord-cadre. Ce sont des documents écrits qui précisent les caractéristiques et les modalités d'exécution des prestations demandées qui n'ont pas été fixées dans l'accord-cadre. La conclusion des marchés passés sur le fondement d'un accord-cadre (marchés subséquents) intervient soit lors de la survenance du besoin, soit selon une périodicité prévue par l'accord-cadre.

### 5.2.3. Quels sont les avantages de l'accord-cadre ?

- Éviter les appels d'offres infructueux.
- Pouvoir préciser le besoin dans les marchés subséquents.
- Intégrer de nouveaux chantiers dans l'accord-cadre.
- Éviter les pics où les entreprises sont surchargées.
- Donner une exclusivité (unique ou partagée) à l'entreprise (ou aux entreprises) sélectionnée(s) en amont.

### 5.2.4. Quels sont les inconvénients de l'accord-cadre ?

C'est un système clos dans lequel personne ne peut entrer par la suite. Les entreprises sélectionnées n'ont aucune garantie de conclure effectivement des marchés dans la durée de l'accord-cadre.

Aucune obligation de conclure un minimum ou un maximum, ni en valeur ni en quantité.

Les entreprises non sélectionnées sont exclues de ce marché pendant la durée de l'accord (quatre ans maximum).

Les entreprises non sélectionnées ne pourront être consultées que pour des besoins occasionnels, de faible montant, sans que le montant cumulé de ces achats ne puisse dépasser 10 000 € HT.

### 5.2.5. L'accord-cadre peut-il s'appliquer aux marchés de travaux ?

Les accords-cadres sont traditionnellement utilisés dans le secteur des réseaux ou pour des marchés de fournitures. Il s'agit, en général, de besoins récurrents (achats réguliers auprès de fournisseurs) ou de besoins potentiels dont la survenance présente un caractère aléatoire. En matière de travaux, ils pourraient être utilisés pour des petits travaux d'entretien, des travaux de maintenance ou de sécurité du patrimoine, des travaux dans les situations d'urgence ou des travaux tous corps d'état (TCE) sur ouvrages existants…

### 5.2.6. Quels sont les textes qui régissent les accords-cadres ?

Le Code des marchés publics :

- article 1er-I (définition) ;
- article 1-III (pièces constitutives) ;
- article 26-V (procédures et seuils) ;
- article 27-V (calcul des seuils) ;
- article 76 (accords-cadres) ;
- article 85 -I (avis d'attribution).

Le *Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics* (26 septembre 2014, § 7.2.2).

La fiche technique du ministère de l'Économie (www.economie.gouv.fr) : « Marchés publics. Conseils aux acheteurs. Les accords-cadres » (dernière mise à jour : janvier 2015).

# 6. Les procédures de passation des marchés publics

## 6.1. Les marchés à procédure adaptée (MAPA)

### 6.1.1. Généralités

**Une possibilité**. Un maître d'ouvrage public a la possibilité de passer des marchés à procédure adaptée en dessous des seuils communautaires (voir introduction du présent chapitre) (CMP, art. 28).

**Des modalités librement fixées**. Les modalités du marché à procédure adaptée sont librement fixées par le pouvoir adjudicateur en fonction :

- de la **nature et des caractéristiques du besoin** à satisfaire ;
- du **nombre** ;
- ou de la **localisation des opérateurs économiques** susceptibles d'y répondre ;
- ainsi que des **circonstances de l'achat**.

L'acheteur public doit définir lui-même cette procédure en respectant diverses obligations juridiques imposées par le code, qui, en réalité, constituent des objectifs juridiques à atteindre.

Cette liberté accrue va dans le sens d'une plus grande responsabilisation du maître d'ouvrage.

Le code ne fixe pas les moyens du maître d'ouvrage, à lui de déterminer ceux qui sont les plus adaptés, mais il impose une obligation de résultat, celle notamment de respecter les principes généraux.

**S'inspirer ou se référer**. Le pouvoir adjudicateur **peut** néanmoins **s'inspirer** des procédures formalisées prévues par le code, sans pour autant que les marchés en cause ne soient alors soumis aux règles formelles applicables à ces procédures. En revanche**, s'il se réfère** expressément à l'une des procédures formalisées prévues par le code, le pouvoir adjudicateur est tenu d'appliquer les modalités prévues par le Code des marchés publics.

Quel que soit son choix, le pouvoir adjudicateur ne peut exiger des opérateurs économiques, au stade des candidatures, plus de renseignements ou de documents que ceux prévus pour les procédures formalisées.

**Au stade de la passation, une procédure adaptée doit respecter** :

- les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures ;
- une bonne définition des besoins du pouvoir adjudicateur ;
- le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse ;
- une publicité préalable selon des modalités adaptées en fonction des caractéristiques du marché, de son montant et de la nature des travaux, dans un support efficace permettant de toucher les candidats potentiels (art. 40 II) ;

- les règles relatives à l'allotissement (art. 10) ;
- une durée d'exécution (art. 16) ;
- un prix unitaire ou forfaitaire, actualisable et/ou révisable (art. 17 à 19) ;
- une notification du marché avant tout commencement d'exécution (art. 81).

**Au stade de l'exécution, une procédure adaptée doit respecter** les conditions d'exécution déterminées par le titre V du code dont :

- la remise d'une avance dès 50 000 € HT et dans la mesure où le délai d'exécution est supérieur à deux mois (art. 88) ;
- le versement d'acomptes mensuels pour les marchés de travaux (art. 91) ;
- le remplacement éventuel de la retenue de garantie par une caution personnelle et solidaire ou par une garantie à première demande (art. 101 à 103) ;
- le paiement dans un délai maximum (art. 98) ;
- le respect des règles de sous-traitance (art. 112 et suiv.) ;
- le recensement annuel des marchés (art. 131).

**Quel que soit le montant prévisible du marché, la démarche sera toujours la même** :

- analyse des besoins ;
- rédaction d'un document de consultation pouvant préciser que les offres seront étudiées par la commune tout à la fois du point de vue de leur prix, de la qualité des matériaux et du délai d'exécution ;
- réception des offres et sélection (il est conseillé à la commission ou au bureau du conseil municipal consulté pour avis d'attribuer une note à chaque offre, pour chacun des critères qui semblent les plus importants par ordre décroissant d'importance. Mis côte à côte sous forme de tableau, les avantages/inconvénients de chaque offre gagnent alors en clarté, et le choix s'impose en général) ;
- négociation s'il y a lieu ;
- signature des documents du marché ;
- réception des travaux.

**Caractère écrit du contrat**. Pour les MAPA, la forme écrite prévue par le code n'est **pas une obligation**. Pour les petits achats, l'acheteur peut utiliser un contrat écrit sous forme libre (lettre, télécopie, coupon de commande…). Une commande verbale peut également être acceptée. Toutefois, certaines réglementations imposent un contrat écrit, y compris pour les MAPA (ex. : marchés de maîtrise d'œuvre en application de la loi MOP).

**Commission d'appel d'offres**. L'intervention d'une commission d'appel d'offres ou d'un jury n'est **pas obligatoire** pour sélectionner des candidats ou attribuer un marché dans le cadre d'une procédure adaptée. La décision d'y faire appel relève, dans ce cas, de la seule responsabilité de la personne publique.

**Négociation et traçabilité**. La souplesse d'une procédure adaptée permet de favoriser la négociation entre la personne publique et les candidats. Dans ce cadre, la personne publique doit veiller à assurer la traçabilité de l'action engagée et des échanges intervenus.

**Délais de remise des candidatures ou des offres**. Une procédure adaptée n'est soumise à aucune condition de délai pour la remise des candidatures ou des offres. Il appartient à la personne publique de fixer des délais raisonnables qui soient compatibles avec l'objet, l'importance et la complexité du marché. Le délai fixé doit, en tout état de cause, permettre aux

prestataires potentiels d'être informés de l'intention d'acheter de la personne publique et de réagir en conséquence, de sorte que la consultation aboutisse à une diversité d'offres suffisante pour garantir une réelle mise en concurrence. La transparence de la procédure et l'égalité de traitement des candidats imposent à la personne publique d'indiquer ces délais dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation.

**Le juge des référés peut apprécier le caractère insuffisant du délai de remise des offres imposé par l'acheteur public**. Le Conseil d'État a considéré que la société requérante justifiait d'un intérêt à agir devant le juge du référé précontractuel alors même qu'elle n'avait pas déposé d'offre. Puis il a confirmé que le juge des référés pouvait « *retenir que le* ***délai*** **[18 jours]** *ouvert entre la date de publication de l'avis d'appel public à concurrence et la date limite de remise des offres* ***était insuffisant compte tenu du montant du marché, de 160 000 €*** ». Le juge a donc pu en déduire que « *le délai était insuffisant pour assurer une publicité suffisante auprès des candidats ayant vocation à y répondre* » (CE, 5 août 2009, Région Centre).

Ce délai « *doit être suffisant, au regard notamment du montant du marché envisagé, de l'urgence à le conclure, de la nature des prestations, de la facilité d'accès aux documents de la consultation, de la nécessité éventuelle d'une visite des lieux et de l'importance des pièces exigées des candidats, pour assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'*égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures énoncés par l'*article 1er du Code des marchés publics, applicables à tous les marchés publics quelle que soit leur procédure de passation* » (TA Lille, 16 mars 2011, Société Fornells).

**Insuffisant délai de mise en concurrence**. Un délai de seulement douze jours entre la date de publication de l'avis d'appel public à la concurrence et la date limite de remise des offres, pour un montant de marché maximal de 135 000 €, est insuffisant, compte tenu notamment de la complexité de la prestation envisagée, et justifie l'annulation du contrat (CAA Paris, 20 mars 2012, Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés (CNAVTS).

**Pas de publicité sur le profil d'acheteur uniquement**. Le Conseil d'État a rappelé que *« les dispositions du Code des marchés publics ne sauraient être interprétées comme autorisant les pouvoirs adjudicateurs à limiter systématiquement les mesures de publicité entreprises pour la passation d'un marché à une publication sur leur profil d'acheteur »* (CE, 4 juillet 2012, Cabinet Froment-Meurice et Associés).

**Publicité par SMS ?** Les services du ministère de l'Économie et des Finances précisent que « *la publicité en procédure adaptée n'impliquant pas forcément pour l'acheteur une publication, la consultation des opérateurs peut donc se faire par courriels, fax, courriers ou SMS* ». Ils émettent toutefois une mise en garde. En effet, le pouvoir adjudicateur qui serait amené à utiliser pour sa publicité les nouveaux moyens de communication, doit pouvoir apporter la preuve de la consultation de plusieurs opérateurs : « *Le courriel avec accusé de réception ou l'utilisation du profil d'acheteur s'avèrent être des outils plus modernes, traçables et archivables que le recours aux SMS* » (Rép. ministre Économie et des Finances, *JO* du 2 avril 2013).

**Remise des certificats fiscaux et sociaux par l'attributaire du marché**. Les dispositions de l'article 46 du Code des marchés publics relatives à la production par le candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché, des pièces mentionnées aux articles D. 8222-5 ou D. 8222-7 et D. 8222-8 du Code du travail ainsi que des certificats fiscaux et sociaux, ne s'appliquent pas aux MAPA. Toutefois, l'article L. **8222-1 du Code du travail impose à tout acheteur, pour tout contrat d'un montant au moins égal à 5 000 €**, de vérifier que son cocontractant s'est acquitté de ses obligations, notamment de déclaration aux organismes de protection sociale ou à l'administration fiscale.

**Critères de sélection des candidatures et de choix des offres**. Les principes généraux de la commande publique imposent également à la personne publique d'indiquer les critères de sélection des candidatures et les critères de choix des offres dans l'avis de publicité ou dans le règlement de la consultation. La seule condition à observer est que les candidats connaissent au préalable les règles qui régissent la consultation.

**Indiquer les critères permettant la sélection des candidatures**. En cas de procédure adaptée prévoyant une sélection des candidatures, les critères de sélection des candidatures ainsi que les renseignements et documents au vu desquels la sélection sera opérée doivent être portés à la connaissance des candidats dès l'engagement de la procédure (mais pas les conditions de mise en œuvre des critères de sélection des candidatures) (CE, 24 février 2010, Communauté de communes de l'Enclave des Papes).

**Indiquer les critères permettant la sélection des offres et leurs conditions de mise en œuvre**. Le pouvoir adjudicateur a l'obligation d'indiquer dans les documents de la consultation les critères d'attribution du marché et leurs conditions de mise en œuvre. En revanche, il n'est pas tenu d'informer les candidats de la méthode de notation des offres. L'avis d'appel public à la concurrence qui précisait que l'offre économiquement la plus avantageuse serait déterminée en fonction de la valeur technique retenue pour 60 % et du prix des prestations pour 40 %, et précisant que « *le critère valeur technique sera évalué pour moitié en fonction, d'une part, de l'organisation du chantier, du phasage et du planning afin de respecter les délais, d'autre part, de la provenance et de la qualité des matériaux* » était donc régulier (CE, 31 mars 2010, Collectivité territoriale de Corse).

**Élimination des offres arrivées hors délai**. La cour administrative d'appel de Paris rappelle que « *s'il appartient au pouvoir adjudicateur de fixer librement les modalités de la procédure de passation, il doit le faire dans le respect des principes fondamentaux de la commande publique, selon lesquels les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures* ». En vertu des principes fondamentaux de la commande publique, « *le pouvoir adjudicateur ne peut attribuer le marché qu'à une entreprise ayant présenté son offre avant l'expiration de la date limite de dépôt des offres fixée par l'avis d'appel public à la concurrence* » (CAA Paris, 10 février 2014, Établissement public du Grand-Palais des Champs-Elysées).

**Notification**. La rédaction de l'article 81 du code rend obligatoire la notification des MAPA avant tout commencement d'exécution. Il appartient à l'acheteur d'adapter les modalités de notification (supports, forme) en fonction du montant du marché concerné. En cas de commande verbale, la notification doit être réputée effectuée au moment où le fournisseur en a connaissance et est mis en mesure d'exécuter le marché. Si l'acheteur émet par voie postale ou par voie dématérialisée un bon de commande signé, la notification intervient lorsque le fournisseur reçoit la commande soit par l'intermédiaire de la Poste soit par le biais de sa lecture sur l'écran de son ordinateur.

**La transparence sur les critères d'attribution s'applique à tous les marchés**. La personne publique est tenue, dès l'engagement de la procédure, d'informer de manière appropriée le candidat des critères d'attribution du marché, **même en MAPA**. Le Conseil d'État estime que « *pour assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, l'information appropriée des candidats sur les critères d'attribution d'un marché public est nécessaire, dès l'engagement de la procédure (dans l'AAPC ou le RC). Dans le cas où le pouvoir adjudicateur souhaite retenir d'autres critères que le prix, l'information appropriée des candidats doit porter également sur les conditions de mise en œuvre de ces critères ; qu'il appartient au pouvoir adjudicateur d'indiquer les critères d'attribution*

*du marché et les conditions de leur mise en œuvre selon les modalités appropriées à l'objet, aux caractéristiques et au montant du marché concerné »* (CE, 30 janvier 2009, Agence nationale pour l'emploi).

**Pondération ou hiérarchisation**. Lorsque le pouvoir adjudicateur décide de ne pas pondérer les critères de choix, il doit obligatoirement les hiérarchiser. Il ne peut se contenter de les énoncer sans aucun ordre d'importance. Les candidats à un MAPA doivent être informés, dès le début de la procédure, des conditions dans lesquelles le pouvoir adjudicateur procédera à la comparaison des offres des candidats et retiendra un candidat plutôt qu'un autre. Si le pouvoir adjudicateur prévoit plusieurs critères de sélection des offres, il ne pourra pas se contenter d'énoncer les critères sans indiquer leur ordre d'importance en les hiérarchisant ou en leur affectant une pondération (Rép. min. de l'Économie au sénateur Piras, *JO Sénat* du 7 mai 2009, p. 1143, qui renvoie par ailleurs à l'arrêt du CE, 30 janvier 2009, Agence nationale pour l'emploi).

**Après un appel d'offres infructueux, le règlement de la consultation d'un MAPA est nécessairement différent**. Il peut être limité aux caractéristiques principales de la procédure et du choix de l'offre. Il résulte des articles 59-III 2° et 64-III 2°, d'une part, et 42, d'autre part, du Code des marchés publics, qu'un pouvoir adjudicateur qui entend recourir à une procédure adaptée pour un lot déclaré infructueux à la suite d'un appel d'offres, doit prévoir un règlement de consultation (RC). Ce règlement de consultation est nécessairement différent de celui qui accompagnait la procédure d'appel d'offres initiale, dans la mesure où la procédure de passation du marché est différente. Rien n'interdit au pouvoir adjudicateur de reprendre certains des éléments du premier RC, notamment les critères de sélection de l'offre correspondant à ce lot, pour les inclure dans le nouveau règlement. Mais, s'agissant d'une procédure adaptée, il pourra toutefois décider de limiter le règlement de la consultation aux éléments cités au deuxième alinéa de l'article 42, à savoir : les caractéristiques principales de la procédure et du choix de l'offre (Rép. min. de l'Économie au sénateur Piras, *JO* du 7 mai 2009, p. 1143).

**Lorsqu'un acheteur public décide de limiter la concurrence, il doit respecter les dispositions de l'article 52-II du code**. Suite à une question du sénateur Piras, les services du ministère de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi considèrent que le II de l'article 52 du Code des marchés publics s'impose dans les MAPA, dans lesquels les pouvoirs adjudicateurs souhaitent limiter la concurrence, au titre du principe de la transparence fixé à l'article 1er du code.

Pour mémoire, cet article dispose que :

> *II. Lorsque le pouvoir adjudicateur décide de limiter le nombre des candidats admis à présenter une offre, il procède à la sélection de ces candidats en appliquant aux candidatures retenues conformément au I des critères de sélection non discriminatoires et liés à l'objet du marché relatifs à leurs capacités professionnelles, techniques et financières. Ces critères sont mentionnés dans l'avis d'appel public à la concurrence, ou, s'il s'agit d'une procédure dispensée de l'envoi d'un tel avis, dans le règlement de la consultation.*

#### *MAPA pour les « petits lots » ou pour lots infructueux, ou après résiliation (CMP, art. 27-III)*

Quel que soit le montant du marché, **il est possible de recourir à la procédure adaptée** pour les lots de travaux inférieurs à 1 M€, à condition qu'ils n'excèdent pas 20 % de la valeur de l'opération, et ce quel que soit le montant de ladite opération.

Dans les mêmes conditions (lots inférieurs à 1 M€ n'excédant pas 20 % de la valeur de l'opération), les pouvoirs adjudicateurs peuvent décider de mettre en œuvre une procédure de MAPA pour **des lots infructueux ou sans suite** au terme d'une première procédure **ainsi qu'à des lots dont l'exécution est inachevée après résiliation du marché initial**.

### 6.1.2. La négociation doit être annoncée

**La décision de négocier**. Le pouvoir adjudicateur peut négocier avec les candidats ayant présenté une offre. Il s'agit d'une possibilité et non d'une obligation.

Le recours à la négociation, en procédure adaptée, permet de favoriser la concurrence : elle doit permettre de retenir l'offre la plus compétitive et la mieux adaptée aux besoins et garantir ainsi une bonne utilisation des deniers publics. Outre l'éventuel gain financier, l'intérêt de la négociation réside avant tout dans l'aspect qualitatif de l'offre, notamment dans la mise au point des conditions d'exécution du cahier des charges.

La négociation doit être menée méthodiquement, afin de garantir l'égalité de traitement et assurer la transparence de la procédure. La traçabilité de la négociation avec chacun des candidats est importante. La communication d'une liste identique de questions adressées à l'ensemble des candidats, l'utilisation de comptes rendus de négociation ou l'établissement d'une grille de négociation, peuvent se révéler utiles, afin de faciliter le suivi et le choix final de l'offre. Cette documentation permettra de prouver, le cas échéant, que l'ensemble des candidats a été invité à négocier sur les mêmes critères et dans des conditions identiques. La négociation permet aussi d'éclaircir ou de justifier la consistance de certaines offres : dans ce cas, les questions posées à chaque candidat peuvent être, bien sûr, différentes.

**Le recours à la négociation doit être expressément indiqué, dès le lancement de la procédure de consultation**, dans l'avis de publicité ou dans les documents de la consultation, afin de permettre aux candidats d'en tenir compte lors de l'élaboration de leur offre.

**Le pouvoir adjudicateur doit mentionner le recours à la négociation dans l'avis d'appel public à la concurrence** ou dans les documents de la consultation. L'article 28 du Code des marchés publics dispose que pour la passation d'un MAPA, le pouvoir adjudicateur peut négocier avec les candidats ayant présenté une offre. L'article 42 du Code des marchés publics prévoit que pour ces marchés, le règlement de la consultation peut se limiter aux caractéristiques principales de la procédure et du choix de l'offre. Il n'est pas contestable que le recours à la négociation est une caractéristique principale de la procédure. « *En conséquence, et dans le souci de garantir la transparence des procédures, le pouvoir adjudicateur doit mentionner le recours à la négociation dans l'avis de publicité ou dans les documents de la consultation* » (Rép. min. de l'Économie au sénateur Piras, *JO* du 7 mai 2009, p. 1142).

**Recours à la négociation. Indiquer les éléments de l'offre qui seront discutés**. Dans une autre réponse au même sénateur Piras, il est précisé : « *La seule obligation mise à sa charge* [du pouvoir adjudicateur] *sera d'annoncer son intention de négocier et d'indiquer les modalités pratiques de la négociation, notamment quels éléments de l'offre seront discutés* » (*JO Sénat* du 8 octobre 2009).

La formule selon laquelle l'acheteur se réserve la possibilité de recourir à la négociation est discutée en jurisprudence. Dans la mesure où ce type de clause empêche toute anticipation et toute prise en considération de la procédure qui sera mise en œuvre pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, il est recommandé que la position du pouvoir adjudi-

cateur soit claire : soit il prévoit de négocier et il est alors tenu, sans réserve, de le faire, soit il ne le prévoit pas et il ne peut pas négocier.

**Le choix des candidats admis à la procédure**. La négociation doit être menée avec tous les candidats ayant remis une offre, sauf si le règlement de la consultation ou les documents en tenant lieu précisent que la négociation ne sera menée qu'avec un nombre limité de candidats (CE, 30 novembre 2011, Ministre de la Défense et des Anciens Combattants). Dans ce cas, l'acheteur doit indiquer les critères sur le fondement desquels il sélectionnera les entreprises admises à négocier, en indiquant leur nombre. Aucun texte ne fixe un nombre minimum ou maximum de candidats à retenir.

Retenir dans la négociation un nombre trop important de candidats est une perte de temps et donc un coût pour l'acheteur public comme pour les entreprises. Il est difficile, en outre, pour un petit acheteur public de négocier en même temps avec plus de deux ou trois candidats.

**Le pouvoir adjudicateur peut admettre à la négociation les candidats ayant remis des offres inappropriées, irrégulières ou inacceptables et ne pas les éliminer d'emblée.** Aucune obligation d'accorder cette faculté de régularisation ne pèse sur l'acheteur (CE, 30 novembre 2011, Ministre de la Défense et des Anciens Combattants).

L'acheteur est tenu d'éliminer les offres qui, à l'issue de la négociation, restent irrégulières, inacceptables ou inappropriées.

Une fois la négociation terminée, le pouvoir adjudicateur doit, pour choisir l'offre économiquement la plus avantageuse, classer les offres finales, en appliquant les critères de choix définis dans les documents de la consultation.

**Le contenu de la négociation**. La négociation peut porter sur tous les éléments de l'offre ou se cantonner à un ou plusieurs éléments, limitant la négociabilité des offres. Le pouvoir adjudicateur peut négocier librement le contenu des prestations et l'adaptation du prix aux prestations finalement retenues. Une négociation sur les prix ne doit cependant pas aboutir à la formulation d'une offre anormalement basse.

Il est ainsi possible de négocier, par exemple, sur :

- la qualité : le niveau de qualité, son incidence sur le prix, etc. ;
- le délai : temps de livraison, réactivité, etc. ;
- la quantité : le volume nécessaire, la fréquence des commandes, etc. ;
- le prix ou ses éléments : le coût de l'acquisition, le coût du stockage, le prix des accessoires, des options, des pièces de rechange, des garanties, de l'entretien…

*Attention !*

**Une négociation ne doit, en aucun cas, se confondre avec un marchandage**. Mener une négociation exclusivement fondée sur le prix ou imposer des conditions de réalisation inexécutables revient à exposer le marché au risque de défaillance de l'entreprise ou à celui de la passation ultérieure de coûteux avenants.

**La négociation ne peut servir de prétexte à la modification des caractéristiques principales du marché,** telles que son objet ou les critères de sélection des candidatures et des offres. Elle ne peut conduire l'acheteur à renoncer à l'application d'un des critères retenus dans le règlement de consultation (CE, 27 avril 2011, Président du Sénat, n° 344244). La réalisation d'une telle hypothèse rendrait nécessaire une nouvelle mise en concurrence.

Une négociation demande des acheteurs compétents et conscients de leur double responsabilité : à l'égard du bon usage des deniers publics, comme à l'égard des entreprises et notamment des petites et moyennes entreprises.

*Attention !*

L'attention des acheteurs est tout particulièrement appelée sur le respect du secret industriel et commercial entourant le savoir-faire des candidats. La négociation ne peut être utilisée pour diffuser à l'ensemble des candidats la solution innovante imaginée par l'un d'entre eux.

**Renégociation sur les prix : obligation de tenir compte de la qualité technique**. « *Considérant que dans le cadre d'une procédure négociée, le pouvoir adjudicateur détermine librement les modalités de discussion des offres ; qu'il est seulement tenu d'engager la négociation avec l'ensemble des candidats, dans le respect du principe d'égalité de traitement* […] *Considérant enfin que la circonstance que la procédure initiale ait été déclarée infructueuse pour un motif tenant au niveau trop élevé des prix des offres ne faisait pas obstacle à ce que les offres soient appréciées au regard non seulement de leurs nouveaux prix,* ***mais aussi de leur qualité technique*** *; que le syndicat Émeraude était même tenu de procéder de la sorte, sauf à méconnaître les critères de sélection qu'il avait arrêtés* » (CE, 11 août 2009, Société Val'Horizon c/ syndicat Émeraude).

## 6.2. Les trois catégories de marchés formalisés

*Rappel*

Il est toujours possible, même en dessous du seuil des marchés européens, de passer un marché formalisé.

Les marchés d'un montant supérieur à ce seuil sont des marchés formalisés. Que ce soit pour l'État ou pour les collectivités territoriales, pour ces marchés de travaux, le maître d'ouvrage public pourra librement opter soit :

- pour un appel d'offres**, ouvert ou restreint** ;
- pour une procédure négociée ;
- pour la procédure de dialogue compétitif.

### 6.2.1. Définition et déroulement de l'appel d'offres (art. 33, 57 et 60)

#### *1. Définition de l'appel d'offres*

**Absence de négociation**. L'appel d'offres est la procédure par laquelle la personne publique choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats. Toute négociation est formellement interdite.

**Appel d'offres ouvert ou restreint**. L'appel d'offres est ouvert lorsque tout candidat peut remettre une offre. Il est restreint lorsque seuls peuvent remettre des offres les candidats qui y ont été autorisés après sélection. Le représentant du pouvoir adjudicateur est libre de choisir entre les deux formes d'appel d'offres.

**La commission d'appel d'offres**. Jusqu'en décembre 2008, le marché était attribué par le représentant du pouvoir adjudicateur après avis de la commission d'appel d'offres pour l'État ainsi que pour les établissements publics de santé et les établissements publics médico-sociaux. La commission d'appel d'offres a été supprimée pour les marchés de l'**État** par le décret du

17 décembre 2008. C'est donc la personne publique qui attribue les marchés de l'État. La commission d'appel d'offres est maintenue pour les marchés des collectivités territoriales, c'est elle qui attribue les marchés des collectivités territoriales.

**En appel d'offres ouvert, il n'y a pas d'obligation de réunir la commission d'appel d'offres pour la phase de sélection des candidatures**. Les collectivités territoriales et les établissements publics locaux sont toutefois toujours tenus de la réunir pour procéder à l'élimination des candidats, des offres irrégulières, inacceptables ou inappropriées ainsi qu'au choix de l'offre économiquement la plus avantageuse (art. 58 et 59).

#### *2. Déroulement de l'appel d'offres ouvert (art. 57 et suiv.)*

##### a) Délai de réception des offres

Un avis d'appel public à la concurrence est publié.

**52 jours**. Le délai de réception des offres ne peut être inférieur à cinquante-deux jours pour les marchés de travaux dont le montant est supérieur aux seuils des marchés européens (ce délai peut être ramené à **quinze jours** en cas d'urgence ne résultant pas du fait du pouvoir adjudicateur).

**Urgence : 15 jours**. Le délai minimal de réception des offres et des candidatures peut être réduit **à quinze jours** en cas d'urgence ne résultant pas du fait des parties. Mais les circonstances de passation du marché doivent alors remplir trois conditions cumulatives : la nécessité de procéder dans l'urgence doit être réelle, l'événement justifiant le recours à l'urgence doit être imprévisible, et il doit être indépendant de la volonté de l'acheteur public (CAA Lyon, 18 décembre 2003, Préfet du Rhône). Si l'une de ces conditions manque (par exemple, l'imprévisibilité), l'urgence n'est pas constituée et la procédure est irrégulière (CE, Ass., 5 mars 1999, Président de l'Assemblée nationale).

**Moins 7 jours**. Ce délai peut être réduit de sept jours lorsque l'avis d'appel public à la concurrence est envoyé par voie électronique.

**Moins 5 jours**. Ce délai peut être réduit de cinq jours lorsque le pouvoir adjudicateur offre, par voie électronique et à compter de la publication de l'avis d'appel public à la concurrence, un accès libre, direct et complet aux documents de la consultation en indiquant dans le texte de l'avis l'adresse Internet à laquelle ces documents peuvent être consultés.

Les réductions de délai peuvent être cumulées.

##### b) Le contenu des dossiers

**Une enveloppe unique**. Les dossiers des candidats sont transmis par tout moyen permettant de déterminer de façon certaine la date et l'heure de leur réception et d'en garantir la confidentialité. Dans le cadre de la procédure de l'appel d'offres ouvert, les documents relatifs à la candidature et à l'offre sont, depuis le décret n° 2008-1355 du 19 décembre 2008, envoyés dans une enveloppe unique : suppression du système de la double enveloppe. En supprimant la règle de la double enveloppe, le décret du 19 décembre 2008 ne fait donc que poursuivre cette construction jurisprudentielle. Les personnes publiques doivent continuer à vérifier les pièces fournies (les pièces à fournir n'ont pas changé), les enregistrer (de façon à ne pas s'exposer à l'accusation de perte) et les reclasser (celles relatives à la candidature et celles relatives à l'offre).

Les plis regroupant les éléments de la candidature et de l'offre sont nécessairement ouverts par les services de la collectivité.

**Maintien néanmoins de deux phases distinctes : la sélection des candidatures et la sélection des offres**. Il est indispensable qu'une décision soit prise sur l'ensemble des candidatures avant l'examen des offres, sous peine d'irrégularité de la procédure. En d'autres termes, la suppression du formalisme de la seconde enveloppe ne remet pas en cause l'obligation de vérifier les candidatures avant d'examiner les offres.

En appel d'offres ouvert, il peut y avoir organisation d'une seule séance de la commission d'appel d'offres ou de plusieurs séances si l'examen des candidatures et des offres le justifie.

c) Conditions d'ouverture des plis

L'ouverture des plis n'est pas publique ; les candidats n'y sont pas admis. Seuls peuvent être ouverts les plis qui ont été reçus au plus tard à la date et à l'heure limites qui ont été annoncées.

Le pouvoir adjudicateur qui constate que des pièces dont la production était réclamée sont absentes ou incomplètes, peut demander aux candidats de compléter leur dossier.

Avant l'ouverture des enveloppes contenant les offres et au vu des seuls renseignements relatifs aux candidatures, les candidatures qui ne peuvent être admises sont éliminées par la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales (ou par la personne publique pour l'État, les établissements publics de santé et les établissements publics sociaux ou médico-sociaux).

Les candidats non retenus en sont informés. Les enveloppes contenant les offres des candidats éliminés leur sont rendues sans avoir été ouvertes.

Les offres inappropriées ainsi que les offres irrégulières ou inacceptables sont éliminées par la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales (ou par la personne publique pour l'État, les établissements publics de santé et les établissements publics sociaux ou médico-sociaux).

d) Interdiction de négocier

Il ne peut y avoir de négociation avec les candidats. Il est seulement possible de demander aux candidats de préciser ou de compléter la teneur de leur offre.

Si la négociation avec les candidats est clairement prohibée, tout contact entre le représentant du pouvoir adjudicateur pour l'État ou la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales et le candidat n'est pas interdit.

Le représentant du pouvoir adjudicateur, ou la commission d'appel d'offres selon le cas, peut discuter avec les candidats pour leur faire préciser ou compléter la teneur de leurs offres. Ces précisions ou compléments ne peuvent être réclamés que dans le souci d'ajuster la teneur et le degré de précision des offres entre elles. Il s'agit uniquement de permettre une comparaison réelle de celles-ci sans affecter le jeu de la concurrence.

Lorsque plusieurs offres présentent des imprécisions, chacune des entreprises concernées doit être sollicitée.

**La mise au point du marché** ne peut constituer qu'un aménagement de l'offre et doit rentrer dans le cadre des « *modifications non substantielles des conditions d'exécution du marché* » qui sont appréciées au cas par cas par le juge, lequel vérifie si la mise au point était de nature à remettre en cause les conditions de l'appel à la concurrence (CE, 27 juillet 1984, Société Biro). Une mise au point introduisant dans certaines circonstances des pénalités pouvant dépasser le montant du marché est abusive : la clause la matérialisant est abusive (TA Nice, 24 mars 2006, Société Degrémont).

#### e) Choix de l'offre économiquement la plus avantageuse

La personne responsable du marché pour l'État ou la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales, après avoir analysé et comparé les offres, choisit « l'offre économiquement la plus avantageuse ».

Pour procéder à ce choix, la personne responsable du marché ou la commission d'appel d'offres se fonde sur les critères qu'elle a préalablement indiqués dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation (cf. *supra*).

#### f) L'attribution du marché

Après classement des offres, l'offre économiquement la plus avantageuse est choisie par la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales. C'est la personne publique qui attribue les marchés de l'État.

La commission d'appel d'offres ou la personne publique pour l'État sont liées par les critères d'attribution énumérés et hiérarchisés ou pondérés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le règlement de la consultation.

Il est possible, en accord avec le candidat retenu, de procéder à une mise au point des composantes du marché sans que ces modifications puissent remettre en cause les caractéristiques substantielles de l'offre ni le classement des offres.

Si le candidat dont l'offre a été retenue ne peut produire les attestations et certificats, son offre est rejetée.

Les candidats dont l'offre n'a pas été retenue sont **informés de son rejet**.

#### g) Le rejet des candidatures et des offres (CMP, art. 80 et 83)

Pour les marchés passés selon l'une des procédures formalisées, le pouvoir adjudicateur avise, dès qu'il a fait son choix sur les candidatures ou sur les offres, tous les autres candidats du rejet de leurs candidatures ou de leurs offres, en indiquant les motifs de ce rejet. Le pouvoir adjudicateur devra toutefois attendre que le candidat retenu ait fourni les attestations fiscales et sociales mentionnées à l'article 46 du Code des marchés publics pour s'assurer de l'attribution définitive du marché.

**Le délai de standstill**. Un délai d'au moins seize jours, ou d'au moins onze jours en cas de transmission par voie électronique, est respecté entre la date à laquelle la décision de rejet est notifiée aux candidats dont l'offre n'a pas été retenue et la date de signature du marché (ou de l'accord-cadre).

**Les motifs de l'éviction**. Si un candidat demande par écrit au pouvoir adjudicateur les motifs détaillés du rejet de sa candidature ou de son offre et (sauf en cas d'offre irrégulière, inappropriée ou inacceptable) les caractéristiques et les avantages de l'offre retenue ainsi que le nom du ou des attributaires du marché (ou de l'accord-cadre), le pouvoir adjudicateur est tenu de fournir ces renseignements dans un délai de quinze jours à compter de la réception de cette demande écrite.

#### h) La notification du marché (CMP, art. 81 et 82)

Les marchés d'un montant supérieur à 4 000 € HT sont notifiés avant tout commencement d'exécution.

Pour les marchés (et accords-cadres) passés selon une procédure formalisée, la notification consiste en un envoi d'une copie du marché signé au titulaire. La date de notification est la date de réception de cette copie par le titulaire. Le marché prend effet à cette date.

i) Avis d'attribution (CMP, art. 85)

Pour les marchés donnant lieu à l'une des procédures formalisées, le pouvoir adjudicateur envoie pour publication, dans un délai maximal de quarante-huit jours à compter de la notification du marché (ou de l'accord-cadre), un avis d'attribution. Le pouvoir adjudicateur est dispensé d'envoyer un avis d'attribution pour les marchés fondés sur un accord-cadre.

L'avis d'attribution est publié dans l'organe qui a assuré la publication de l'avis d'appel public à la concurrence.

### *3. Le déroulement d'un appel d'offres restreint dans le Code des marchés publics (art. 60 et suiv.)*

Comme pour l'appel d'offres ouvert, l'appel d'offres restreint est organisé par étapes depuis la définition du besoin jusqu'à la notification du marché.

En appel d'offres ouvert, retirent le dossier de consultation les entreprises qui le souhaitent, même si les offres reçues ne sont pas toutes examinées en raison de l'élimination des concurrents ne répondant pas aux critères de régularité et de capacité ; en revanche, en appel d'offres restreint, ne reçoivent le dossier de consultation que les entreprises préalablement sélectionnées par la collectivité contractante au vu des garanties, notamment professionnelles et financières, qui lui sont apportées.

Dans les deux cas, l'élimination des candidats intervient par application de critères objectifs de sélection énumérés dans l'avis d'appel à la concurrence.

L'appel d'offres restreint s'articule autour de deux phases bien distinctes : la sélection des candidats et l'attribution du marché.

a) La sélection des candidatures

Le pouvoir adjudicateur peut décider de limiter le nombre de candidats qui seront admis à présenter une offre. Il mentionne cette décision dans l'avis d'appel public à la concurrence. Il fixe dans cet avis un nombre minimum de candidats admis à présenter une offre et peut également en fixer un nombre maximum. Ce nombre minimum ne peut être inférieur à cinq.

Lorsque le nombre de candidats satisfaisant aux critères de sélection des candidatures est inférieur au nombre minimum, le pouvoir adjudicateur peut continuer la procédure avec les seuls candidats sélectionnés.

**Le délai minimal de réception des offres et des candidatures peut être réduit en cas d'urgence**, mais les circonstances de passation du marché doivent alors remplir trois conditions cumulatives : la nécessité de procéder dans l'urgence doit être réelle, l'événement justifiant le recours à l'urgence doit être imprévisible, et il doit être indépendant de la volonté de l'acheteur public (CAA Lyon, 18 décembre 2003, Préfet du Rhône). Si l'une de ces conditions manque (par exemple, l'imprévisibilité), l'urgence n'est pas constituée et la procédure est irrégulière (CE, Ass., 5 mars 1999, Président de l'Assemblée nationale).

**Les candidatures sont transmises par tout moyen permettant de déterminer de façon certaine** la date et l'heure de leur réception et d'en garantir la confidentialité.

L'ouverture des plis n'est pas publique ; les candidats n'y sont pas admis. Seuls peuvent être ouverts les plis qui ont été reçus au plus tard à la date et à l'heure limites qui ont été annoncées.

Avant de procéder à l'examen des candidatures, le pouvoir adjudicateur qui constate que des pièces dont la production était réclamée sont absentes ou incomplètes, peut demander aux candidats de compléter leur dossier.

Au vu des seuls renseignements relatifs aux candidatures, la liste des candidats autorisés à présenter une offre est établie par la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales (ou après avis de la commission d'appel d'offres pour l'État, les établissements publics de santé et les établissements publics sociaux ou médico-sociaux).

Les candidats non retenus en sont informés.

b) La sélection des offres

**La lettre de candidature**. Une lettre de consultation est envoyée simultanément à tous les candidats sélectionnés. Cette lettre de consultation comporte au moins les documents de la consultation, ou les conditions d'accès à ces documents s'ils sont mis à disposition directe par voie électronique, la date et l'heure limites de réception des offres, l'adresse à laquelle elles sont transmises, les références de l'avis d'appel public à la concurrence publié, la liste des documents à fournir avec l'offre.

**22 jours**. Le délai de réception des offres ne peut être inférieur à vingt-deux jours pour les marchés de travaux dont le montant est inférieur aux seuils des marchés communautaires.

**Moins 5 jours**. Les délais de réception des offres peuvent être réduits de cinq jours lorsque le pouvoir adjudicateur offre, par moyen électronique et à compter de la publication de l'avis d'appel public à la concurrence, l'accès libre, direct et complet aux documents de la consultation et à tout document complémentaire, en indiquant dans le texte de l'avis l'adresse Internet à laquelle ces documents peuvent être consultés.

Les offres sont transmises par tout moyen permettant de déterminer de façon certaine la date et l'heure de leur réception et d'en garantir la confidentialité.

Seuls peuvent être ouverts les plis qui ont été reçus au plus tard à la date et à l'heure limites qui ont été annoncées dans la lettre de consultation.

Les offres inappropriées ainsi que les offres irrégulières ou inacceptables sont éliminées par la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales (ou par la personne publique pour l'État, les établissements publics de santé et les établissements publics sociaux ou médico-sociaux).

Après classement des offres, l'offre économiquement la plus avantageuse est choisie. Il est possible, en accord avec le candidat retenu, de procéder à une mise au point des composantes du marché sans que ces modifications puissent remettre en cause les caractéristiques substantielles de l'offre ni le classement des offres.

Il ne peut y avoir de négociation avec les candidats. Il est seulement possible de demander aux candidats de préciser ou de compléter la teneur de leur offre.

Si le candidat dont l'offre a été retenue ne peut produire les attestations et certificats, son offre est rejetée.

Les candidats dont l'offre n'a pas été retenue sont informés de son rejet.

Le marché est notifié et un avis d'attribution est publié.

### 6.2.2. Appel d'offres infructueux et déclaration sans suite (CMP, art. 59-III)

#### *1. L'appel d'offres infructueux*

Lorsqu'aucune candidature ou aucune offre n'a été remise ou lorsqu'il n'a été proposé que des offres inappropriées ou des offres irrégulières ou inacceptables, **l'appel d'offres est déclaré sans suite ou infructueux** par la commission d'appel d'offres pour les collectivités territo-

riales (ou par la personne publique pour l'État, pour les établissements publics de santé et les établissements publics sociaux ou médico-sociaux).

Lorsque l'appel d'offres est **déclaré infructueux**, il est possible de mettre en œuvre soit :

- un nouvel appel d'offres si les conditions initiales du marché ne sont pas substantiellement modifiées, un marché négocié sans publicité et sans mise en concurrence préalables dans le cas d'offres inappropriées ;
- un marché négocié avec publicité et mise en concurrence dans le cas d'offres irrégulières ou inacceptables ;
- une procédure adaptée s'il s'agit d'un « **petit lot** », ou s'il s'agit de lots déclarés infructueux ou sans suite au terme d'une première procédure ou de lots dont l'exécution est inachevée après résiliation du marché initial.

#### *2. La déclaration sans suite*

La commission d'appel d'offres intervient forcément dans la décision d'infructuosité, alors que l'auteur de la déclaration sans suite n'est pas précisé dans le code, ce qui pourrait dans certains cas conduire à écarter la commission d'appel d'offres au profit de l'autorité exécutive. De plus, l'infructuosité vise des situations comme la carence d'offre, des offres inappropriées ou des offres inacceptables ou irrégulières, alors que la déclaration sans suite est potentiellement plus large et peut s'appuyer sur tout motif d'intérêt général.

Par ailleurs, la déclaration sans suite peut intervenir à tout stade de la procédure, ce qui n'est pas le cas de la déclaration d'infructuosité. Enfin, la déclaration d'infructuosité replace et ouvre la procédure en la réorientant éventuellement vers un nouvel appel d'offres, une procédure négociée ou une procédure adaptée, alors que la déclaration sans suite met fin à la procédure sans produire d'autre effet.

La déclaration sans suite est conditionnée par la seule existence d'un motif d'intérêt général. Cela laisse une marge de manœuvre non négligeable à la collectivité publique, même si le juge administratif procède à un contrôle minimum sur le motif invoqué en vérifiant que la déclaration sans suite n'est pas en réalité fondée sur des motifs autres que l'intérêt général, notamment dans le but d'écarter certaines entreprises (CE, 18 mars 2005, Société Cyclergie).

La déclaration sans suite peut être justifiée par la disparition du besoin ou la nécessité de le redéfinir (CAA Bordeaux, 8 janvier 2008), ou par des modifications du marché permettant sa réalisation à un coût nettement moins élevé, lorsque ces modifications d'ordre substantiel remettent en cause les conditions initiales de la concurrence et ne peuvent être introduites par un avenant au marché (CAA Bordeaux, 6 mai 2007, Opac Hautes-Pyrénées).

### 6.2.3. La procédure de marchés négociés (CMP, art. 34, 35, 65 et 66)

#### *1. Définition d'une procédure négociée*

**Une procédure négociée** (CMP, art. 34, 35, 65 et 66) est une procédure dans laquelle le pouvoir adjudicateur négocie les conditions du marché avec un ou plusieurs opérateurs économiques.

À la différence de la procédure d'appel d'offres, la personne publique dispose d'une **marge de manœuvre importante**. En effet, elle peut, de plein droit et dans le respect des principes d'égalité et de transparence, négocier avec les candidats, et cette négociation a pour objet et

peut légitimement avoir pour effet de les conduire à adapter leurs offres. Aux termes des négociations, l'offre économiquement la plus avantageuse sera retenue.

Il convient toutefois de noter que les négociations ne peuvent conduire à modifier les conditions du marché.

Le respect de la concurrence implique que, sauf exceptions prévues par l'article 35, les négociations soient conduites avec plusieurs candidats. Cela permet d'assurer l'accès le plus large à la commande publique et garantit à la personne publique un choix réel entre plusieurs offres concurrentes.

**Marchés négociés**. Une modification unilatérale de l'offre d'un candidat n'est pas admise. Le respect du principe d'égalité implique que les candidats se voient appliquer les mêmes règles. L'application des règles doit se faire de manière identique pour chacun de candidats : une modification unilatérale de l'offre d'un candidat n'est pas admise (TA Strasbourg, 22 septembre 1998).

**Marchés négociés. Les adaptations au contrat sont admises en cours de négociation, mais doivent être de portée limitée**. Si, en principe, des adaptations au contrat sont admises en cours de négociation, elles doivent être de portée limitée, justifiées par l'intérêt du service et ne pas présenter, pour les entreprises concurrentes, un caractère discriminatoire (CE, 21 juin 2000, Syndicat intercommunal de la Côte d'Amour et de la presqu'île guérandaise ; CE, 29 avril 2002, Groupement des associations de l'Ouest parisien).

**Les candidats à un marché négocié ne peuvent spontanément modifier l'offre qu'ils ont déposée au cours des discussions, sauf relativement à des clauses du contrat sur lesquelles la personne responsable du marché entend négocier**. La cour administrative d'appel a estimé que, suite à la défection du candidat pressenti, la commune a entendu rouvrir les discussions avec les deux autres candidats sur un seul point du contrat : la « *coassurance à hauteur de 100 % »*. La juridiction d'appel en a déduit que le cabinet Lannois Assurances ne pouvait à ce stade modifier les autres spécifications de l'offre initiale qu'il avait formulée. Elle en a conclu que cette offre ne constituait pas une simple adaptation mineure de son offre initiale « *dès lors que les modifications portaient sur des éléments du contrat qui constituaient les deux premiers critères d'appréciation des offres tels que définis par le règlement de consultation du marché* » (CAA Nancy, 8 janvier 2009, Commune de Reims c/ cabinet Lannois Assurances).

#### *2. Les cas possibles de recours aux marchés négociés dans le Code des marchés publics*

Le Code des marchés publics précise que les pouvoirs adjudicateurs peuvent passer des marchés négociés dans les cas visés à l'article 35 du code.

Pour les marchés de travaux, les cas sont les suivants :

a) les marchés négociés APRÈS publicité préalable ET mise en concurrence :

- **article 35-I 1°)** Les marchés (et les accords-cadres) pour lesquels, après appel d'offres (ou dialogue compétitif), il n'a été proposé que des offres irrégulières ou inacceptables que le pouvoir adjudicateur est tenu de rejeter.
  Les conditions initiales du marché ne doivent toutefois pas être substantiellement modifiées.
  Le pouvoir adjudicateur est dispensé de procéder à une nouvelle mesure de publicité s'il ne fait participer à la négociation que le ou les candidats qui, lors de la procédure antérieure, ont soumis des offres respectant les exigences relatives aux délais et modalités formelles de présentation des offres.

b) les marchés négociés SANS publicité préalable et SANS mise en concurrence :

- **article 35-II 1°)** Les marchés (et les accords-cadres) conclus pour faire face à une urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles pour le pouvoir adjudicateur et dont les conditions de passation ne sont pas compatibles avec les délais exigés par les différentes procédures formalisées (et notamment les marchés conclus pour faire face à des situations d'urgence impérieuse) liées à une catastrophe technologique ou naturelle.
  Peuvent également être conclus selon cette procédure les marchés rendus nécessaires pour l'exécution d'office, en urgence, des travaux réalisés par des pouvoirs adjudicateurs, en cas notamment de bâtiments – publics ou privés – menaçant ruine ou d'insécurité constatée ou de menace grave ou imminente ;
- **article 35-II 3°)** Les marchés (et les accords-cadres) passés selon la procédure de l'appel d'offres pour lesquels aucune candidature ou aucune offre n'a été déposée ou pour lesquels seules des offres inappropriées ont été déposées, pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées ;
- **article 35-II 5°)** Les marchés complémentaires de travaux (qui consistent en des prestations qui ne figurent pas dans le marché initialement conclu, mais qui sont devenues nécessaires à la suite d'une circonstance imprévue), à condition que l'attribution soit faite à l'opérateur économique qui a réalisé l'ouvrage initial lorsque ces travaux complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché principal sans inconvénient majeur pour le pouvoir adjudicateur, ou lorsque ces travaux, quoiqu'ils soient séparables de l'exécution du marché initial, sont strictement nécessaires à son parfait achèvement.
  Le montant cumulé de ces marchés complémentaires ne doit pas dépasser 50 % du montant du marché principal ;
- **article 35-II 6°)** Les marchés de travaux ayant pour objet la réalisation de prestations similaires à celles qui ont été confiées au titulaire d'un marché précédent passé après mise en concurrence.
  Le premier marché doit avoir indiqué la possibilité de recourir à cette procédure pour la réalisation de prestations similaires. Sa mise en concurrence doit également avoir pris en compte le montant total envisagé, y compris celui des nouveaux travaux. La durée pendant laquelle les nouveaux marchés peuvent être conclus ne peut dépasser trois ans à compter de la notification du marché initial.

Sans qu'il soit besoin d'apprécier si le reste de la procédure est régulier, le seul recours à la procédure négociée hors des cas prévus par le code suffit à entacher la procédure de nullité et ne peut faire naître d'obligation entre les parties (CE, 28 juillet 2000, M. Jacquier).

#### *3. Les notions d'urgence impérieuse et de circonstances imprévisibles*

**L'urgence impérieuse**. À la différence de l'urgence qui justifie que les délais de publicité des appels d'offres soient écourtés, dite parfois « urgence courante » ou « urgence simple », l'urgence impérieuse permet de passer un marché négocié sans publicité ni mise en concurrence. L'urgence impérieuse doit résulter de circonstances imprévisibles pour le pouvoir adjudicateur et être incompatible avec les délais exigés par les procédures d'appels d'offres ou de marchés négociés précédés de mesures de publicité et de mise en concurrence.

**Les aménagements possibles**. Existent trois types d'aménagements des procédures de passation des marchés en cas d'urgence impérieuse.

Article 35-II 1°) du Code des marchés publics : l'acheteur public peut recourir à une procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence, sous condition. Par dérogation à l'article 13, et lorsque l'urgence impérieuse est incompatible avec la préparation des documents d'un marché, la passation du marché est confirmée par un échange de lettres.

L'article 25 prévoit par ailleurs que le pouvoir adjudicateur peut se dispenser de réunir la commission d'appel d'offres.

L'article 80 prévoit que le délai de standstill de seize ou onze jours (délai entre la notification de la décision de rejet aux candidats non retenus et la signature du marché) n'a pas à être appliqué dans les situations d'urgence impérieuse justifiant la négociation sans publicité préalable avec un seul soumissionnaire.

#### *4. La procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence (art. 35-II 1)*

L'urgence impérieuse suppose la réunion de deux conditions traditionnelles qui sont essentielles :

a) d'une part, les circonstances imprévisibles : on entend par là des *événements qui dépassent largement le cadre normal de la vie économique et sociale*. L'imprévisibilité s'entend non seulement sur la nature de l'événement mais également sur son ampleur.

**Exemples d'imprévisibilité** : sont très certainement imprévisibles de graves intempéries tout autant qu'une catastrophe naturelle. Certains marchés, passés dans les heures, voire les jours qui ont immédiatement suivi la tempête de décembre 1999, pouvaient relever de la procédure négociée (Rép. min. Intérieur, *JO AN*, 27 mars 2000).

**Exemples de non-imprévisibilité** : ne sont pas imprévisibles la nécessité de construire une école pour la rentrée scolaire, la nécessité de conclure un marché plusieurs mois après des intempéries (CE, Sect., 26 juillet 1991, Commune de Sainte-Marie, Réunion), le fait qu'une entité qui doit donner son accord à un projet soulève des objections. De la même façon, la carence de l'Administration ne peut être analysée comme une circonstance imprévisible.

*À noter*

Il est difficile de parler d'imprévisibilité pour le pouvoir adjudicateur au sujet d'une infructuosité (CE, 1er octobre 1997, M. Hemmerdinger).

**Les circonstances imprévisibles et les circonstances imprévues**. Les circonstances imprévisibles et les circonstances imprévues doivent toujours être des phénomènes extérieurs aux parties et irrésistibles. Elles se distinguent cependant par le degré de probabilité de leur survenance. Ainsi, si les circonstances imprévisibles sont celles qui déjouent toutes les prévisions des parties, les circonstances imprévues sont celles qui excèdent seulement les vicissitudes de la vie économique (CAA Marseille, 2 octobre 2008, M. François Deslaugiers).

b) d'autre part, une urgence impérieuse : l'urgence impérieuse permet de passer un marché négocié sans publicité ni mise en concurrence.

**Exemples d'urgence impérieuse** :

- commande de travaux de sécurité de première nécessité ;
- loger les personnes les plus démunies.

**Absence d'urgence impérieuse** :

- lorsqu'il s'agit d'organiser l'apposition d'affiches pour une élection présidentielle ;
- lorsque la décision de rénover des lycées était prise depuis deux ans ;
- lorsqu'il ne s'agit que de minimiser la gêne causée à des riverains sur un chantier.

L'urgence doit être réelle, imprévisible et indépendante de la volonté de l'acheteur public (CAA Lyon, 18 décembre 2003, Préfet du Rhône).

Des travaux de consolidation et de réfection partielle d'une voirie, suite à des intempéries et avant l'arrivée de nouvelles intempéries, ont été regardés comme relevant d'une situation d'urgence impérieuse permettant de passer un marché négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables (CAA Marseille, 6e ch., 12 mars 2007, Commune de Bollène).

*À souligner*

Lien de causalité entre les deux conditions. Si l'urgence impérieuse est nécessaire, elle n'est pas suffisante : elle doit résulter directement des circonstances imprévisibles pour le pouvoir adjudicateur. D'où le lien étroit entre ces deux conditions pour justifier le recours au marché négocié. Ce lien est mis en évidence par la jurisprudence communautaire (CJCE, 2 août 1993, Aff. C-107/92, Commission c/ République italienne).

### *5. Le déroulement d'une procédure de marchés négociés*

#### a) Les mesures en faveur des PME

Le pouvoir adjudicateur peut décider de limiter le nombre de candidats qui seront admis à présenter une offre. Il mentionne cette décision dans l'avis d'appel public à la concurrence. Il fixe dans cet avis un nombre minimum de candidats admis à présenter une offre et peut également en fixer un nombre maximum. Ce nombre minimum ne peut être inférieur à trois.

#### b) Le délai de réception des candidatures

Le délai minimal de réception des candidatures pour les marchés de travaux dont le montant est inférieur aux seuils européens est de cinquante-deux jours (à compter de la date d'envoi de l'avis) ou de quinze jours (si l'avis a été envoyé par voie électronique).

En cas d'urgence ne résultant pas du fait du pouvoir adjudicateur, ce délai minimal peut être ramené à quinze jours (ou à dix jours si l'avis a été envoyé par voie électronique).

Les candidatures sont transmises par tout moyen permettant de déterminer de façon certaine la date et l'heure de leur réception et d'en garantir la confidentialité. Seuls peuvent être ouverts les plis qui ont été reçus au plus tard à la date et à l'heure limites annoncées.

Avant de procéder à l'examen des candidatures, le pouvoir adjudicateur qui constate que des pièces dont la production était réclamée sont absentes ou incomplètes, peut demander aux candidats de compléter leur dossier.

#### c) Établissement de la liste des candidats invités à négocier

Au vu des seuls renseignements relatifs aux candidatures, la liste des candidats invités à négocier est établie. Les candidats non retenus en sont informés.

Une lettre de consultation est envoyée simultanément à tous les candidats sélectionnés. Cette lettre de consultation comporte au moins les documents de la consultation ou les conditions d'accès à ces documents s'ils sont mis à disposition directe par voie électronique, la date et l'heure limites de réception des offres, l'adresse à laquelle elles sont transmises, les références de l'avis d'appel public à la concurrence publié, la date limite pour demander des documents complémentaires et, le cas échéant, la liste des documents à fournir avec l'offre.

Le délai de réception des offres est librement fixé par le pouvoir adjudicateur.

Les offres sont transmises par tout moyen permettant de déterminer de façon certaine la date et l'heure de leur réception et d'en garantir la confidentialité.

Seuls peuvent être ouverts les plis qui ont été reçus au plus tard à la date et l'heure limites. Les offres inappropriées sont éliminées.

#### d) La négociation

La négociation ne peut porter sur l'objet du marché ni modifier substantiellement les caractéristiques et les conditions d'exécution du marché telles qu'elles sont définies dans les documents de la consultation.

La négociation est conduite dans le respect du principe d'**égalité de traitement** de tous les candidats. Les informations données aux candidats ne peuvent être de nature à avantager certains d'entre eux. Le pouvoir adjudicateur ne peut révéler aux autres candidats des solutions proposées ou des informations confidentielles communiquées par un candidat dans le cadre de la négociation, sans l'accord de celui-ci.

Le principe d'égalité est respecté dès lors que le pouvoir adjudicateur a, au cours de la négociation, mené les négociations dans les mêmes conditions avec tous les candidats, et a permis à chacun d'eux de modifier son offre. Le candidat qui présente l'offre la plus intéressante n'a pas à se justifier, hors le cas de l'offre anormalement basse (CAA Bordeaux, 14 février 2006, Syndicat intercommunal d'alimentation en eau potable du Confolentais).

La procédure négociée peut se dérouler en phases successives à l'issue desquelles certains candidats sont éliminés, par application des critères de sélection des offres. Le recours à cette faculté est prévu dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation.

e) Attribution du marché

Au terme des négociations, après classement des offres, l'offre économiquement la plus avantageuse est choisie.

Si le candidat dont l'offre a été retenue ne peut produire les attestations et certificats, son offre est rejetée. Lorsque le candidat dont l'offre a été retenue produit les attestations et certificats, les candidats dont l'offre n'a pas été retenue sont informés du rejet de celle-ci.

La décision d'attribuer le marché à l'issue de la négociation à l'entreprise la moins-disante est constitutive d'un motif d'annulation du marché, dès lors que le règlement de la consultation faisait état de plusieurs critères faisant l'objet d'une pondération (CAA Lyon, 30 décembre 2003, Préfet de l'Ain).

**Le marché est notifié et un avis d'attribution est publié**.

### 6.2.4. La procédure du dialogue compétitif (CMP, art. 36 et 67)

#### *1. Définition*

La procédure de dialogue compétitif est une procédure dans laquelle le pouvoir adjudicateur conduit un dialogue avec les candidats admis à y participer en vue de définir ou de développer une ou plusieurs solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base de laquelle ou desquelles les participants au dialogue seront invités à remettre une offre. Le recours à la procédure de dialogue compétitif est possible lorsqu'un marché public est considéré comme complexe, c'est-à-dire si le pouvoir adjudicateur n'est objectivement pas en mesure de définir seul et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou s'il n'est objectivement pas en mesure d'établir le montage juridique ou financier d'un projet.

La procédure de dialogue compétitif n'est pas un élément d'accélération des procédures, mais d'amélioration de la définition des besoins.

L'article 4 du décret du 19 décembre 2008 a modifié l'article 36 du Code des marchés publics. Est supprimée la disposition qui limitait le dialogue compétitif, dans les opérations soumises à la loi MOP, aux seules hypothèses dans lesquelles *l'intégralité de la conception de l'ouvrage* n'était pas confiée à l'entreprise (lorsque l'intégralité de la conception était confiée à l'opérateur économique, on ne pouvait recourir qu'à la conception-réalisation et donc uniquement à l'appel d'offres restreint).

Depuis décembre 2008, un marché peut être passé en conception-réalisation au terme d'un dialogue compétitif si trois conditions sont réunies :

- il s'agit d'une opération de réhabilitation de bâtiment ;
- il s'agit d'une opération « complexe » : le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de définir seul et à l'avance les moyens techniques susceptibles de répondre à son besoin ; ou n'est pas en mesure d'établir le montage juridico-financier du projet (conditions habituelles pour le recours au dialogue compétitif [art. 36]) ;
- et un motif technique doit rendre nécessaire l'association de l'entreprise de travaux aux études de conception de l'ouvrage (le bâtiment à réhabiliter) (conditions habituelles pour le recours à la conception-réalisation [art. 37]).

#### *2. Déroulement de la procédure*

Un avis d'appel public à la concurrence est publié. Les besoins et exigences sont définis par le pouvoir adjudicateur dans cet avis.

Les modalités du dialogue sont définies dans l'avis d'appel public à la concurrence (ou dans les documents de la consultation).

Le pouvoir adjudicateur peut décider de limiter le nombre de candidats qui seront admis à participer au dialogue. Il mentionne cette décision dans l'avis d'appel public à la concurrence. Il fixe dans cet avis un nombre minimum de candidats admis à présenter une offre et peut également en fixer un nombre maximum. Ce nombre minimum ne peut être inférieur à trois.

En outre, le pouvoir adjudicateur peut fixer un nombre minimum de petites et moyennes entreprises qui seront admises à présenter une offre, sous réserve que le nombre des petites et moyennes entreprises retenues en application des critères de sélection des candidatures soit suffisant. Cette décision est mentionnée dans l'avis d'appel public à la concurrence.

Le délai minimal de réception des candidatures est de trente-sept jours (à compter de la date d'envoi de l'avis) ou de trente jours (si l'avis a été envoyé par voie électronique).

Les candidatures sont transmises par tout moyen permettant de déterminer de façon certaine la date et l'heure de leur réception et d'en garantir la confidentialité.

Seuls peuvent être ouverts les plis qui ont été reçus au plus tard à la date et à l'heure limites qui ont été annoncées.

Le pouvoir adjudicateur, qui constate que des pièces dont la production était réclamée sont absentes ou incomplètes, peut demander aux candidats de compléter leur dossier.

Au vu des seuls renseignements relatifs aux candidatures, la liste des candidats invités à dialoguer est établie. Les candidats non retenus en sont informés.

Les candidats sélectionnés sont simultanément invités, par écrit, à participer au dialogue.

L'invitation à participer au dialogue comporte au moins les documents de la consultation, les références de l'avis d'appel public à la concurrence, la date et le lieu de déroulement du dialogue et la liste des documents à fournir.

Le dialogue s'ouvre avec les candidats sélectionnés.

L'objet du dialogue est l'identification et la définition des moyens propres à satisfaire au mieux les besoins. Tous les aspects du marché peuvent être discutés avec les candidats sélectionnés.

La procédure peut se dérouler en phases successives nécessaires à la personne publique pour définir son besoin. Il peut être demandé aux candidats de modifier les propositions successives issues du dialogue.

À l'issue de chaque phase, le pouvoir adjudicateur peut écarter les propositions des candidats qui se révèlent inadaptées à son besoin en fonction des critères fixés dans les documents de la consultation. Il en informe alors le ou les candidats concernés et poursuit le dialogue avec les candidats restants.

Le dialogue se poursuit jusqu'à ce que soient identifiées, éventuellement après avoir été comparées, la ou les solutions qui sont susceptibles de répondre aux besoins, pour autant qu'il y ait un nombre suffisant de solutions appropriées.

Au cours du dialogue, chaque candidat est entendu dans des conditions d'égalité. Le pouvoir adjudicateur ne peut donner à certains candidats des informations susceptibles de les avantager par rapport à d'autres. Il ne peut révéler aux autres candidats des solutions proposées ou des informations confidentielles communiquées par un candidat dans le cadre de la discussion, sans l'accord de celui-ci.

Lorsqu'il estime que la discussion est arrivée à son terme, le pouvoir adjudicateur en informe les candidats qui ont participé à toutes les phases de la consultation. Il les invite à remettre leur offre finale sur la base de la ou des solutions qu'ils ont présentées et spécifiées au cours du dialogue, dans un délai qui ne peut être inférieur à quinze jours.

L'invitation à remettre leur offre finale comporte au moins la date et l'heure limites de réception de ces offres, l'adresse à laquelle elles seront transmises et l'indication de l'obligation de les rédiger en langue française. Ces offres comprennent tous les éléments requis et nécessaires pour la réalisation du marché.

Il peut être prévu qu'une prime sera allouée.

L'offre économiquement la plus avantageuse est choisie.

Le marché est notifié et un avis d'attribution est publié.

Le dialogue compétitif peut être déclaré sans suite ou infructueux.

## 6.3. La négociation

La négociation ne doit pas remettre en cause :
- l'objet du marché ;
- les critères de sélection des candidatures et des offres énoncés dans les supports de publicité ou dans les documents de consultation ;
- et, d'une façon générale, les caractéristiques principales du dossier de consultation.

La négociation n'est autorisée que dans :
- les **procédures adaptées** (CMP, art. 28) ;
- les **procédures négociées** autorisées par l'article 35 du CMP ;
- la **procédure de dialogue compétitif** (CMP, art. 36).

La négociation est formellement interdite dans les appels d'offres. Dans ce cadre, seules des précisions peuvent être demandées aux entreprises.

La négociation doit tenir compte :

- du principe d'**égalité de traitement des candidats**, tout au long de la procédure ;
- du principe de **transparence**, qui doit être organisé dans le respect du secret industriel et commercial entourant le savoir-faire des candidats ;
- de l'analyse des offres sur le plan technique et financier dans l'objectif du choix de l'offre économiquement la plus avantageuse.

L'acheteur doit donc particulièrement veiller à la **traçabilité des échanges** effectués avec chacun des candidats ainsi qu'à les maintenir à un **même niveau d'information**.

### 6.3.1. Différence entre une procédure adaptée et une procédure négociée

- Dans une procédure négociée, la souplesse n'existe que dans la négociation elle-même, puisqu'il faut respecter le formalisme des articles 65 et 66 du code, alors que dans une procédure adaptée, la personne responsable du marché dispose d'une réelle souplesse dans la fixation des modalités de la procédure.
- La négociation s'impose nécessairement dans le cadre d'une procédure négociée, alors que ce n'est pas le cas dans celui d'une procédure adaptée.
- Les délais minimaux de mise en concurrence fixés à l'article 65 du CMP s'appliquent uniquement en procédure négociée et pas impérativement en procédure adaptée.
- L'attribution du marché est faite après avis de la commission d'appel d'offres (État) ou par la commission d'appel d'offres au vu d'une proposition de classement des offres (collectivités territoriales), dans les procédures négociées, ce qui n'est pas nécessairement le cas en procédure adaptée.

### 6.3.2. Les personnes publiques doivent avoir une méthodologie de la négociation

**La décision de négocier**. Le pouvoir adjudicateur peut négocier avec les candidats ayant présenté une offre. Il s'agit d'une possibilité et non d'une obligation.

Le recours à la négociation, en procédure adaptée, permet de favoriser la concurrence : elle doit permettre de retenir l'offre la plus compétitive et la mieux adaptée aux besoins, et garantir ainsi une bonne utilisation des deniers publics. Outre l'éventuel gain financier, l'intérêt de la négociation réside avant tout dans l'aspect qualitatif de l'offre, notamment dans la mise au point des conditions d'exécution du cahier des charges.

La négociation doit être menée méthodiquement, afin de garantir l'égalité de traitement et assurer la transparence de la procédure. La traçabilité de la négociation avec chacun des candidats est importante. La communication d'une liste identique de questions adressées à l'ensemble des candidats, l'utilisation de comptes rendus de négociation ou l'établissement d'une grille de négociation peuvent s'avérer utiles, afin de faciliter le suivi et le choix final de l'offre. Cette documentation permettra de prouver, le cas échéant, que l'ensemble des candidats a été invité à négocier sur les mêmes critères et dans des conditions identiques. La négociation permet aussi d'éclaircir ou de justifier la consistance de certaines offres : dans ce cas, les questions posées à chaque candidat peuvent être, bien sûr, différentes.

**Le recours à la négociation doit être expressément indiqué, dès le lancement de la procédure de consultation**, dans l'avis de publicité ou dans les documents de la consultation, afin de permettre aux candidats d'en tenir compte lors de l'élaboration de leur offre.

La formule selon laquelle l'acheteur se réserve la possibilité de recourir à la négociation est discutée en jurisprudence. Dans la mesure où ce type de clause empêche toute anticipation et toute prise en considération de la procédure qui sera mise en œuvre pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, il est recommandé que la position du pouvoir adjudicateur soit claire : soit il prévoit de négocier et il est alors tenu, sans réserve, de le faire, soit il ne le prévoit pas et il ne peut pas négocier.

**Le choix des candidats admis à la procédure**. La négociation doit être menée avec tous les candidats ayant remis une offre, sauf si le règlement de la consultation ou les documents en tenant lieu précisent que la négociation ne sera menée qu'avec un nombre limité de candidats (CE, 30 novembre 2011, Ministre de la Défense et des Anciens Combattants). Dans ce cas, l'acheteur doit indiquer les critères sur le fondement desquels il sélectionnera les entreprises admises à négocier, en indiquant leur nombre. Aucun texte ne fixe un nombre minimum ou maximum de candidats à retenir.

Retenir dans la négociation un nombre trop important de candidats est une perte de temps et donc un coût pour l'acheteur public comme pour les entreprises. Il est difficile, en outre, pour un petit acheteur public de négocier en même temps avec plus de deux ou trois candidats.

Le pouvoir adjudicateur peut admettre à la négociation les candidats ayant remis des offres inappropriées, irrégulières ou inacceptables et ne pas les éliminer d'emblée. Aucune obligation d'accorder cette faculté de régularisation ne pèse sur l'acheteur (CE, 30 novembre 2011, Ministre de la Défense et des Anciens Combattants).

L'acheteur est tenu d'éliminer les offres qui, à l'issue de la négociation, restent irrégulières, inacceptables ou inappropriées.

Une fois la négociation terminée, le pouvoir adjudicateur doit, pour choisir l'offre économiquement la plus avantageuse, classer les offres finales, en appliquant les critères de choix définis dans les documents de la consultation.

**Le contenu de la négociation**. La négociation peut porter sur tous les éléments de l'offre ou se cantonner à un ou plusieurs éléments, limitant la négociabilité des offres. Le pouvoir adjudicateur peut négocier librement le contenu des prestations et l'adaptation du prix aux prestations finalement retenues. Une négociation sur les prix ne doit cependant pas aboutir à la formulation d'une offre anormalement basse.

Il est ainsi possible de négocier, par exemple, sur :

- la qualité : le niveau de qualité, son incidence sur le prix, etc. ;
- le délai : temps de livraison, réactivité… ;
- la quantité : le volume nécessaire, la fréquence des commandes, etc. ;
- le prix ou ses éléments : le coût de l'acquisition, le coût du stockage, le prix des accessoires, des options, des pièces de rechange, des garanties, de l'entretien…

*Attention !*

**Une négociation ne doit, en aucun cas, se confondre avec un marchandage**. Mener une négociation exclusivement fondée sur le prix ou imposer des conditions de réalisation inexécutables revient à exposer le marché au risque de défaillance de l'entreprise ou à celui de la passation ultérieure de coûteux avenants.

La négociation ne peut, non plus, servir de prétexte à la modification des caractéristiques principales du marché, telles que son objet ou les critères de sélection des candidatures et des offres. Elle ne peut conduire l'acheteur à renoncer à l'application d'un des critères retenus

dans le règlement de consultation (CE, 27 avril 2011, Président du Sénat, n° 344244). La réalisation d'une telle hypothèse rendrait nécessaire une nouvelle mise en concurrence.

Une négociation demande des acheteurs compétents et conscients de leur double responsabilité : à l'égard du bon usage des deniers publics comme à l'égard des entreprises, et notamment des petites et moyennes entreprises.

> *Attention !*
>
> L'attention des acheteurs est tout particulièrement appelée sur le respect du secret industriel et commercial entourant le savoir-faire des candidats. La négociation ne peut être utilisée pour diffuser à l'ensemble des candidats la solution innovante imaginée par l'un d'entre eux.

Le principe d'égalité est respecté dès lors que le pouvoir adjudicateur a, au cours de la négociation, mené les négociations dans les mêmes conditions avec tous les candidats, et a permis à chacun d'eux de modifier son offre. Le candidat qui présente l'offre la plus intéressante n'a pas à se justifier, hors le cas de l'offre anormalement basse (CAA Bordeaux, 14 février 2006, Syndicat intercommunal d'alimentation en eau potable du Confolentais).

## 7. La dématérialisation des procédures de passation

**Depuis le 1er janvier 2010**

- **Les candidats peuvent se voir imposer** d'envoyer leurs candidatures et leurs offres exclusivement par voie électronique.
- Pour les achats de fournitures, de matériels informatiques et de services informatiques d'un montant supérieur à 90 000 € HT, les documents requis des candidats sont transmis par voie électronique.
- Pour les marchés de plus de 90 000 € HT, l'acheteur public a l'obligation de publier l'avis de publicité ainsi que les documents de la consultation sur son profil d'acheteur.
- Pour les marchés de plus de 90 000 € HT, l'acheteur public a l'obligation de mettre à la disposition des candidats l'ensemble des documents de la consultation sur son profil d'acheteur.

**Depuis le 1er janvier 2012**

- Pour les marchés de plus de **90 000 € HT**, l'acheteur public **ne peut plus refuser** de recevoir les documents transmis par voie électronique.
- Pour les achats de **fournitures de services ou de travaux** d'un montant supérieur à 90 000 € HT, l'acheteur public **ne pourra refuser** de recevoir les documents transmis par voie électronique.

Le Code des marchés publics (CMP) précise que « *les candidats appliquent le même mode de transmission à l'ensemble des documents qu'ils adressent au pouvoir adjudicateur* » (article 56-I).

Les entreprises ont dû mettre en place en interne des processus de validation et des méthodes de gestion informatiques.

***Quels sont les sites à consulter ?***

- Le *Journal officiel* : www.journal-officiel.gouv.fr
- Le *Bulletin officiel des annonces de marchés publics* (BOAMP) : www.boamp.fr.

- *Le Journal officiel de l'Union européenne* : http://eur-lex.europa.eu/JOIndex.do?ihmlang=fr.
- Les marchés publics de l'État : www.marches-publics.gouv.fr.
- Les sites des acheteurs publics, collectivités territoriales et établissements publics.
- Un site regroupe une grande partie des annonces publiées par les quotidiens locaux (estimés à 72 % de l'ensemble des AAPC) : http://www.francemarches.com.
- achatpublic.com : http://www.achatpublic.com.
- vecteurplus : http://www.vecteurplus.com/.
- marcheonline : http://www.marchesonline.com/mol/front/homepage/dispatcher.do.
- pour la presse spécialisée :
  - BTP: http://www.lemoniteur.fr/
  - pour les marchés hospitaliers:
  - https://www.achat-hopital.com
  - http://marches.fhf.fr/.

***Quid des MAPA ?***

Les marchés passés selon la procédure adaptée (MAPA) ne sont pas soumis au régime des articles 11 et 48 du CMP.

L'acheteur public choisit d'exiger ou non la signature électronique des documents. Il le mentionne dans le règlement de la consultation.

L'acheteur public a deux possibilités :

- imposer la signature électronique ;
- accepter les candidatures et les offres non signées électroniquement, et demander ultérieurement au candidat retenu de signer (signature manuscrite ou électronique) les documents. Les documents papier signés à la main avant d'être numérisés à l'aide d'un scanner n'ont pas valeur d'original. Ils n'engagent donc pas la société sur l'offre qu'elle remet (cf. point 6.3.2, page 38 du *Guide pratique DAJ*).

Les acheteurs doivent tenir compte « *des caractéristiques du marché, notamment de la nature et du montant des travaux, fournitures ou services en cause* » (article 56-IV du CMP).

***Que savoir sur les profils d'acheteur ?***

Le profil d'acheteur est un site, généralement appelé « plate-forme », accessible en ligne, par l'intermédiaire du réseau Internet, offrant toutes les fonctionnalités nécessaires à la dématérialisation des procédures : au minimum, information des candidats et réception des candidatures et des offres.

Le site Internet d'une collectivité ne peut être qualifié de profil d'acheteur que s'il offre l'accès à ces fonctionnalités.

*A minima*, il doit permettre de répondre aux exigences du code : mettre en ligne des avis, mettre en ligne des dossiers de consultation des entreprises (DCE), recevoir des candidatures et des offres électroniques de manière sécurisée et confidentielle.

Le profil d'acheteur peut accueillir également :

- un système permettant aux entreprises qui choisissent d'y adhérer, d'être averties de l'ouverture de nouvelles procédures de passation (système dit « d'alerte »). Un tel système doit respecter les dispositions relatives à la publicité des marchés telles que prévues par l'article 40 du Code des marchés publics ;

- un espace privatif sur la « plate-forme », réservé à chaque entreprise, et qui héberge leurs dossiers administratifs virtuels ;
- la mise en œuvre d'un système d'acquisition dynamique ou des enchères inversées.

**Les pistes d'amélioration souhaitées par les entreprises**

- Standardiser les documents de la consultation.
- Nommer chacun des fichiers de manière standardisée.
- Décomposer les pièces de la consultation : les documents relatifs à la candidature (DC1, DC2) et ceux relatifs à l'offre (AE, CCAP, CCTP…), etc.
- Utiliser des formats de fichier lisibles et réutilisables par toutes les entreprises.

***Quelles sont les typologies de format utilisées ?***

À titre d'exemple, l'acheteur public peut utiliser les formats de fichiers suivants :

| Typologie des fichiers | Extensions correspondantes |
|---|---|
| Le format PDF est figé (mode non révisable) | .pdf |
| Le format texte universel (mode révisable) | .rtf |
| Le format bureautique ouvert ODF (mode révisable, format ouvert, normalisé ISO) | .odt pour les textes<br>.ods pour les feuilles de calcul<br>.odp pour les présentations de diaporama<br>.odg pour les dessins et graphiques |
| Le format bureautique propriétaire de Microsoft (mode révisable) | .doc ou .docx pour les textes<br>.xls pour xlsx pour les feuilles de calcul<br>.ppt ou pptx pour les présentations de diaporama |
| Le format de CAO « OpenDWG » (mode révisable) pour les plans ou dessins techniques ou le format PDF 1.7 (mode non révisable, normalisé ISO, conservation des calques) | .dxf |
| Le format propriétaire DWG (mode révisable) pour les plans ou dessins techniques ou le format propriétaire DWF (mode non révisable) | .dwg |
| Les formats images JPEG, PNG ou TIFF/EP pour les photographies, pour les images | .jpg<br>.png<br>.tif |
| Les formats audio MP3 (format compressé - qualité ordinaire) ou WAV (format non compressé - haute qualité) pour les fichiers sonores | .mp3<br>.wav |
| Le format vidéo MPEG-4 | .mp4 |

*(Source : point 4.3, page 33 du* Guide pratique DAJ)

- À noter également :
  - le format XML lisible à partir d'un navigateur internet et de la majorité des traitements de texte
  - extension : .xml

***Comment adapter l'organisation de l'entreprise ?***

**Les pré-requis techniques pour répondre aux marchés** dématérialisés.

- Vérifier la capacité de la connexion Internet (haut-débit).
- Vérifier la validité de l'adresse e-mail.
- Vérifier que l'on dispose des logiciels permettant la lecture des fichiers reçus.
- S'assurer de la dernière mise à jour des antivirus.

**Les principaux documents à dématérialiser ou à scanner**

- Les formulaires (DC1, DC2, etc.).
- Les certificats de capacité.
- Les pouvoirs des personnes habilitées à engager l'entreprise.
- Les attestations fiscales et sociales URSSAF, TVA.
- Les attestations d'assurance, etc.

**Le certificat de signature électronique**

- Vérifier que les personnes habilitées à engager l'entreprise disposent bien d'un certificat de signature électronique.
- Vérifier que le certificat de signature électronique est valide.

**Pièces à adapter** à l'**envoi électronique**

- Les plaquettes de présentation de l'entreprise en les compressant pour les envoyer.
- Les mémoires techniques, etc.

*À noter*

**Les offres, mêmes volumineuses, doivent parvenir complètes dans les délais fixés par l'acheteur public**. En cas d'envoi d'un document (candidature, offre, copie de sauvegarde), c'est l'heure d'arrivée qui est prise en compte et non sa date d'envoi (procédure identique au papier : seule l'heure d'arrivée de l'offre est prise en compte).

L'opérateur économique est responsable de l'envoi de son pli électronique dans les délais fixés. Sur le profil d'acheteur, on attirera son attention sur le délai de transmission des fichiers volumineux (cf. point 3.6, page 31 du *Guide pratique DAJ*).

**Le risque** : « *Les plis qui, quel que soit leur support, ont été reçus après la date et l'heure limites de dépôt annoncées dans l'avis d'appel public à la concurrence ne sont pas ouverts et sont déclarés irrecevables. Il appartient à l'entreprise de prendre ses dispositions pour anticiper une éventuelle difficulté technique* » (point 7.2, page 41 du *Guide pratique DAJ*).

Par ailleurs, « *l'horodatage de la réception des enveloppes virtuelles peut être issu du système informatique de l'acheteur public ou du prestataire de services de dématérialisation (dans des fonctions de tiers horodateur). Les références horaires utilisées, et en particulier le fuseau horaire auquel elles se rattachent doivent être affichés sur le profil d'acheteur. Le recours à un tel système présente une garantie égale à celle qu'offre aujourd'hui le récépissé papier délivré par l'acheteur* » (point 7.1, page 41 du *Guide pratique DAJ*).

***Les problématiques des secteurs du bâtiment et des travaux publics***

Sont concernées à ce jour l'ensemble des procédures (appel d'offres, MAPA, etc.). Les conditions d'utilisation des moyens dématérialisés ou des supports électroniques sont déterminées

dans les documents du marché (AAPC et règlement de consultation). Les documents dématérialisés échangés lors de la réponse (formulaires DC1, DC2, acte d'engagement) doivent être obligatoirement signés pour la procédure formalisée, comme dans la procédure papier, à l'aide d'un certificat électronique.

**Le maître d'ouvrage envoie trop souvent des documents en PDF** (BPU, DPGF, détail quantitatif estimatif [DQE]). Ils sont inexploitables par l'entreprise. Il conviendrait d'utiliser des formats lisibles et réutilisables par toutes les entreprises.

**Il y a un trop grand nombre de profils d'acheteur** avec des modes opératoires différents.

**Plusieurs situations peuvent se rencontrer en matière de plans** :

- envoi de plans par le maître d'ouvrage en fichiers PDF, ce qui est inexploitable par l'entreprise, qui doit alors les imprimer pour pouvoir les retravailler ;
- envoi de plans dans leur format d'origine (type Autocad, Autodesk…), inutilisables par l'entreprise qui ne dispose pas du logiciel correspondant. Ils pourront au mieux être lus avec le *viewer* approprié.

**Solutions proposées.**

Les entreprises de travaux publics estiment que les plans devraient être transmis par le maître de l'ouvrage avec le logiciel Autocad (DWG étant le format de fichier généré par Autocad) et doublés d'un envoi avec le logiciel Acrobat ( PDF étant le format de fichier généré par Acrobat).

Pour les entreprises de bâtiment, les plans devraient être envoyés en format DWG et PDF et, sur simple demande de leur part, sur papier.

Les entreprises dénoncent la dérive massive des demandes en matière d'envoi de plans vers le maître d'ouvrage, lesquelles sont totalement inutiles. En revanche, lorsqu'u**n envoi de plan est nécessaire, il doit pouvoir être envoyé au format PDF uniquement pour éviter la lourdeur des fichiers**.

Pour certains documents, notamment les plans, l'acheteur public pourra accepter un autre mode de transmission :

> *« La candidature et l'offre doivent faire l'objet d'un mode de transmission identique.*
> *Dans certains cas (remise d'échantillon, de maquettes et de plans), le candidat peut se heurter à l'impossibilité matérielle de transmettre intégralement son dossier par voie dématérialisée. L'acheteur public devra alors accepter une transmission par une autre voie (papier, CD-ROM, clé USB…) »* (point 6.1.2, page 37 du Guide pratique DAJ).

***Qu'est-ce qu'une signature électronique ?***

Une signature électronique est la carte d'identité électronique d'un représentant légal de l'entreprise. Elle a la même valeur juridique qu'une signature manuscrite. Une signature manuscrite scannée n'a pas la valeur juridique d'un original.

**Ce qu'elle implique pour le candidat**. Une signature électronique comprend un certificat électronique **ET** un logiciel de signature qui permet d'apposer la signature.

**Le certificat électronique de signature** garantit l'identité de son titulaire (personne physique, représentant légal de l'entreprise), la protection de l'intégrité des documents transmis et l'impossibilité de renier sa signature (principe de non-répudiation).

**Le logiciel de signature**, ou « outil de signature », permet d'apposer électroniquement sa signature.

**Ce qu'elle comprend au niveau de la plate-forme** : un logiciel de signature électronique reconnaissant les certificats de signatures électroniques.

Pour apposer sa signature, le signataire utilise l'outil de signature de son choix. La personne publique ne peut pas imposer l'emploi de l'outil de la plate-forme.

Lorsque l'opérateur économique utilise un autre outil de signature que celui de la plate-forme, il en permet la vérification en transmettant en parallèle les éléments nécessaires pour procéder à la vérification de la validité de la signature et de l'intégrité du document, et ce gratuitement.

**Obtenir une signature électronique**. Les personnes physiques agissant au nom et pour le compte de l'entreprise qu'elles représentent (plusieurs personnes, si nécessaire) peuvent obtenir la signature électronique. À chaque certificat correspond une personne physique.

La signature électronique a la **même valeur juridique qu'une signature manuscrite** (cf. article 1316 et suivants du Code civil).

**Le format de signature**. La signature est au format XAdES, CAdES ou PAdES. Ces trois formats sont imposés par une décision de la Commission européenne de février 2011. Ils doivent être acceptés par le « profil d'acheteur ». Le règlement de la consultation, ou la lettre de consultation, peut cependant prévoir un ou plusieurs formats supplémentaires.

**Les vérifications**. La procédure de vérification de la validité d'une signature est gratuite. Elle permet de vérifier au moins l'identité du signataire, l'appartenance du certificat du signataire à l'une des catégories de certificats, le respect du format de signature, le caractère non échu et non révoqué du certificat à la date de la signature et l'intégrité du fichier signé.

Ces vérifications peuvent être effectuées de manière automatisée, lorsque les fonctionnalités du profil d'acheteur le permettent, sauf en ce qui concerne l'identité du signataire du document. **En effet, la vérification de l'identité du signataire et de sa capacité à engager l'entreprise reste, comme pour les procédures « papier » effectuée par l'acheteur**.

Une entreprise utilisant l'outil de signature proposé par le profil d'acheteur est dispensée de fournir la procédure de vérification de la signature.

#### *Le certificat de signature*

Un arrêté du 15 juin 2012 « *relatif à la signature électronique dans les marchés publics* » autorise les signataires à se servir du certificat et de la signature de leur choix, sous réserve de leur conformité aux normes du RGS et du RGI.

En conséquence, les pouvoirs adjudicateurs et opérateurs économiques peuvent choisir l'une des trois catégories suivantes :

1. **certificats émanant de la liste de confiance française** ou d'une liste de confiance d'un autre État membre. Le référencement d'un certificat électronique est réalisé conformément à l'arrêté du 18 janvier 2012 :
   http://www.references.modernisation.gouv.fr
2. **certificats** délivrés par une autorité de certification figurant sur la liste de confiance d'un État membre établie, transmise et mise à disposition par la Commission européenne, conformément à l'article 2 de la décision 2009/767/CE du 16 octobre 2009 :

http://ec.europa.eu/information_society/policy/esignature/eu_legislation/trusted_lists/index_en.htm

3. **certificats** délivrés par une autorité de certification, française ou étrangère, et qui répondent à des normes équivalentes à celles du RGS.
   Les certificats de la liste PRIS V1 : http://www.industrie.gouv.fr/tic/certificats/ utilisables **uniquement jusqu'au 18 mai 2013**.

**L'arrêté est applicable depuis le 1er octobre 2012**. Depuis cette date, tous les certificats doivent pouvoir être traités par les profils d'acheteurs pour examiner leur conformité avec le RGS et vérifier la validité de la signature. Les certificats dits « PRIS V1 » ne peuvent plus être utilisés depuis le 18 mai 2013.

**Le support choisi du certificat**. Il existe trois types de supports admis : la clef USB, la carte à puce et le logiciel (stockage sur le disque dur d'un ordinateur). Le support recommandé est, pour des raisons de sécurité, la clef USB, car cela permet de diminuer les risques d'utilisation détournée, contrairement au logiciel installé sur l'ordinateur.

**Recommandation** : bien vérifier sur le site internet de l'autorité de certification que ce certificat permet de répondre aux marchés publics.

**Les étapes pour obtenir un certificat de signature électronique.**

**Étape 1 :** Le demandeur (futur titulaire) doit disposer du **matériel informatique adéquat** et d'une **adresse mail valide** afin d'envoyer sa demande à l'**autorité de certification** (AC).

**Étape 2 :** Le demandeur effectue sa demande de certificat sur le site internet de l'autorité de certification. Les pièces justificatives à fournir sont énumérées sur le site.

**Étape 3 :** Le demandeur envoie les pièces justificatives requises à l'**autorité d'enregistrement** (AE) et prend rendez-vous auprès de celle-ci pour le retrait du certificat.

**Étape 4 :** Le demandeur retire son **certificat auprès de l'autorité d'enregistrement**. L'identification du titulaire est faite en « face à face » (production des pièces justificatives indiquées à l'étape 2).

*À noter*

- Le demandeur (ou futur titulaire) doit se déplacer en personne auprès de l'autorité d'enregistrement.
- Le renouvellement du certificat n'est pas automatique. Les étapes décrites ci-dessus doivent être réitérées à chaque nouvelle demande.
- En cas de départ de l'entreprise du titulaire d'un certificat, l'entreprise doit également se rapprocher de l'autorité d'enregistrement pour faire révoquer le certificat de signature.
- Le mandataire légal de l'entreprise peut désigner un mandataire de certification (personne physique) pour effectuer les démarches auprès des autorités.
- Il faut compter en pratique de quinze jours à un mois pour obtenir un certificat de signature.
- Attention à anticiper les périodes de vacances et les délégations de pouvoirs.
- Le défaut de signature ou l'invalidité de celle-ci entraîne l'irrecevabilité de l'offre.

**L'obtention d'un certificat est payante**. « *Son **coût annuel*** dépend *des services associés. En moyenne, il varie entre **70 et 130 €*** » (point 2.3.2, page 23 du *Guide pratique DAJ*).

#### *Les documents à signer électroniquement*

« ***Tous les documents, pièces et certificats qui auraient été signés à la main dans le cadre d'une procédure papier doivent être signés électroniquement dans le cadre d'une procédure dématérialisée*** » (point 6.3.2, page 38 du *Guide pratique DAJ*).

| Nature du document | Signature électronique |
|---|---|
| DC1 ou lettre de candidature sur papier libre | Oui |
| DC2 | Non |
| Copie du jugement prononçant le redressement judiciaire du candidat | Non |
| Tout document relatif aux pouvoirs de la personne habilitée pour engager l'entreprise | Non |
| DC3 – Acte d'engagement : offre/proposition/article 11 CMP | Oui |
| DC4 – Déclaration de sous-traitance | Oui |
| Annexe financière à l'acte d'engagement | Non |
| Relevé d'identité bancaire ou postal. | Non |

**Documents à signer au stade de l'offre**. « *L'offre, présentée sous la forme d'un acte d'engagement, transmise par voie électronique, est signée électroniquement. Les annexes expressément identifiées dans l'acte d'engagement (cf. p. 6 du DC3) n'ont pas à être signées. Ces annexes (les annexes financières ou le bordereau des prix, par exemple) deviennent des documents contractuels, sans qu'il soit besoin de les signer ou de les parapher* » (point 6.3.2, page 38 du *Guide pratique DAJ*).

Pour certains documents, notamment les plans, l'acheteur public pourra accepter un autre mode de transmission :

> *« La candidature et l'offre doivent faire l'objet d'un mode de transmission identique.*
> *Dans certains cas (remise d'échantillon, de maquettes et de plans), le candidat peut se heurter à l'impossibilité matérielle de transmettre intégralement son dossier par voie dématérialisée. L'acheteur public devra alors accepter une transmission par une autre voie (papier, CD-ROM, clé USB…) »* (point 6.1.2, page 37 du *Guide pratique de la DAJ*).

### *Qui signe électroniquement en cas de soumissionnaire unique* ?

**Lorsque le candidat est une entreprise**, c'est la personne ayant qualité pour engager la société vis-à-vis des tiers et disposant d'un certificat de signature électronique qui signe électroniquement. Cette personne, titulaire du certificat de signature électronique, signe la candidature ET l'offre (acte d'engagement).

**Lorsque le candidat est une filiale**, deux cas de figure doivent être distingués :

- **soit une filiale répond pour elle-même**. Dans ce cas, signe la personne titulaire du certificat de signature électronique et qui a qualité pour engager la filiale ;
- **soit le responsable d'une filiale est habilité à signer les marchés de chacune des filiales du groupe**. Son nom apparaîtra (en tant que titulaire du certificat de signature électronique ainsi que le n° SIREN de la filiale pour laquelle il travaille) à côté de celui de la filiale soumissionnaire. Ce numéro peut donc être différent de celui de l'entreprise qui soumissionne.

***Qui signe électroniquement en cas de groupement d'entreprises***

**Chaque membre du groupement doit être muni d'un certificat de signature électronique**.

**1re hypothèse** : l'ensemble des membres du groupement signe électroniquement la lettre de candidature et l'offre du groupement.

Dans ce cas, chaque membre doit être muni d'un certificat de signature électronique.

Un « parapheur électronique » peut être mis à disposition sur certaines plates-formes afin de gérer la cosignature. Dans cette hypothèse, les cotraitants doivent utiliser de préférence l'outil de signature disponible sur la plate-forme sur laquelle ils vont répondre.

**Le parapheur électronique est** un outil disposant de fonctions autorisant au minimum le regroupement de documents à valider ou à signer et la signature d'un même document par plusieurs signataires, sans en altérer l'intégrité, que l'utilisation soit locale ou en ligne. Chaque signature doit pouvoir être vérifiée indépendamment des autres.

**2e hypothèse** : les membres du groupement habilitent le mandataire à les représenter pour la candidature et l'offre OU pour l'offre seule.

Dans ce cas, un document d'habilitation est signé électroniquement par tous les membres du groupement.

***Les articles du code et les textes relatifs à la dématérialisation***

**Article 32** : Modalités de transmission des documents et des informations. Principes de liberté d'accès, de confidentialité et d'intégrité.

**Article 39** : Définition du profil d'acheteur.

**Articles 39 et 40** : Organisation de la publicité. Principe de la publicité des avis sur le profil d'acheteur (+ 90 000 € HT).

**Article 41, troisième alinéa** : Information des candidats. Principe de la publication de l'ensemble des documents de la consultation sur le profil d'acheteur (+ 90 000 € HT).

**Article 48** : Présentation des offres. Principe de la signature électronique de l'acte d'engagement dans le cadre des procédures formalisées.

**Article 54** : Enchères électroniques. Méthode de sélection des offres.

**Article 56** : Communications et échanges d'informations par voie électronique. Définition des obligations en matière de dématérialisation.

**Articles 57, 62 et 65** : Appels d'offres ouverts/restreints/procédures négociées. Possibilité de réduire les délais de dépôt des candidatures et des offres du fait de la mise en ligne de l'avis de publicité ou du document de consultation.

**Article 62, 66 et 67** : Consultation. Conditions d'accès aux documents de la consultation mis en ligne sur le profil d'acheteur.

**Article 78** : Système d'acquisition dynamique. Procédure de passation.

**Article 79** : Achèvement de la procédure. Informations sur le déroulement des procédures d'attribution conduites par voie électronique.

**Article 80** : Signature du marché. Possibilité de signer électroniquement le marché par le pouvoir adjudicateur.

**Article 106** : Certificat de cessibilité. Possibilité d'établir un certificat de cessibilité électronique.

**Un arrêté du 14 décembre 2009** (applicable depuis le 1er janvier 2010) **complète les dispositions des articles 41 et 56 du code**.

1. **Les documents mis en ligne** (sur le profil d'acheteur) doivent être *d'accès libre, direct et complet*. En d'autres termes, l'arrêté interdit aux acheteurs publics d'imposer aux entreprises une inscription préalable à l'accès aux documents (DCE, AAPC et RC le cas échéant). Le profil d'acheteur doit mentionner l'adresse de téléchargement de ces documents dans l'avis d'appel public à la concurrence, s'il en publie un.

Les entreprises n'ont plus l'obligation d'indiquer le nom d'une personne physique et une adresse électronique. Elles peuvent le faire, mais ce n'est plus une obligation. Toutefois, on ne peut que conseiller aux entreprises de s'identifier lorsqu'elles téléchargent le cahier des charges d'un marché qui les intéresse. En effet, si l'acheteur public se trouve contraint de modifier les documents en cours de procédure, il ne pourra pas en informer les entreprises qui ne se sont pas préalablement identifiées. Elles ont donc tout intérêt à laisser leurs coordonnées sur le site, même si l'arrêté ne l'impose plus.

2. **Documents sensibles, confidentiels ou volumineux**. Le pouvoir adjudicateur peut décider que des éléments estimés *sensibles ou confidentiels* ou *trop volumineux pour être téléchargés* (plans, par exemple) seront transmis aux opérateurs économiques sur support papier ou sur un support physique électronique (CD-ROM, DVD-ROM, clé USB…). Dans ces deux hypothèses, l'avis d'appel public à la concurrence ou le règlement de la consultation mentionne une adresse physique ou électronique du service auprès duquel ces éléments peuvent être demandés.

3. **Formats des fichiers**. L'arrêté précise que l'acheteur public doit choisir des formats *largement disponibles* : il peut s'agir, par exemple, de formats tels que PDF (Adobe) ; Word, Excel, PowerPoint (Office Microsoft) ; Open office (Open source) ; RTF… Nous conseillons aux acheteurs de mentionner dans le règlement de la consultation ou dans tout document approprié, la liste des logiciels qu'ils utilisent, ainsi que la version de ces logiciels dont ils disposent.

4. **Transmission**. L'arrêté apporte des précisions quant aux modalités de transmission des documents par voie électronique pour le dépôt des candidatures et des offres. Les supports physiques électroniques et les fichiers électroniques utilisés par le pouvoir adjudicateur sont choisis dans un format largement disponible pour une accession par le plus grand nombre de candidats.

**L'arrêté encadre le dispositif de copie de sauvegarde**, ainsi que les situations dans lesquelles cette copie pourra être utilisée. Elle pourra être ouverte, notamment si l'acheteur public détecte un virus dans l'envoi électronique. Il prévoit que ce dépôt donnera lieu à la remise d'un accusé de réception horodaté : le dépôt des candidatures et des offres transmises par voie électronique ou support physique électronique donne lieu à un accusé de réception indiquant la date et l'heure de réception.

**Il prévoit enfin le sort de l'offre d'un candidat, lorsque la candidature de celui-ci a été rejetée**. À la différence de la procédure imprimée, l'offre n'est pas renvoyée sans avoir été ouverte, mais elle est détruite sans avoir été ouverte.

5. Corollairement à la publication de cet arrêté, **celui du 28 août 2006 est abrogé, à l'exception des articles 5 à 7 relatifs à la signature électronique** : les candidatures et les actes d'engagement transmis par voie électronique ou envoyés sur support physique électronique sont signés par l'opérateur économique « *au moyen d'un certificat de signature électronique. Un certificat de*

*signature électronique est un document sous forme électronique qui a pour but d'authentifier l'identité de la personne signataire (carte d'identité), l'intégrité des documents échangés (protection contre toute altération) et l'assurance de non-répudiation (impossibilité de renier sa signature)* ». Les certificats de signature doivent être référencés sur une liste établie par le ministre chargé de la réforme de l'État, ce qui implique qu'ils soient conformes au « *référentiel intersectoriel de sécurité* ».

La liste des catégories de certificats est disponible à l'adresse suivante : http://www.entreprises.minefi.gouv.fr/certificats/.

**Un arrêté du 15 juin 2012 précise les règles applicables à la signature électronique dans les marchés publics**.

**Le décret n° 2011-1937 du 22 décembre 2011** concerne les conditions d'acceptation par l'État des factures émises par ses fournisseurs sous forme dématérialisée.

**Un arrêté du 30 décembre 2011** détermine les procédures de transmission des factures des fournisseurs de l'État sous forme dématérialisée.

**Un arrêté du 8 juin 2012** porte création d'une application informatique pour la transmission dématérialisée des factures des fournisseurs de l'État dénommée « Chorus-Factures ».

#### *Les problèmes rencontrés entre le candidat/titulaire et l'acheteur public*

**La rematérialisation de l'offre**. Elle a lieu dans le cadre de la signature du marché lui-même, de l'exercice des contrôles préalables à la signature (contrôle de légalité auprès du préfet pour les marchés des collectivités territoriales, par exemple) ou de la cession ou du nantissement du marché par le titulaire.

**La transmission des fichiers**. La transmission des fichiers dépend du profil d'acheteur et de l'organisation et de l'équipement de l'entreprise.

**Les pistes d'amélioration** :

- standardiser les documents de la consultation ;
- décomposer les pièces de la consultation : les documents relatifs à la candidature (DC1, DC2) et ceux relatifs à l'offre, etc. ;
- utiliser des formats de fichier lisibles et réutilisables par toutes les entreprises ;
- mettre en place un journal des événements afin d'assurer la traçabilité des échanges ;
- horodater l'ensemble des actes accomplis, notamment la réception des plis.

> *Attention !*
>
> DATE ET HEURE DE REFERENCE sont la date et l'heure de fin de réception des documents qui font référence (et non l'heure de début d'envoi des documents).
>
> Pour l'horodatage, le fuseau horaire de référence est : GMT/UTC + 1 ;

- indiquer la taille des fichiers.

# 8. La passation des marchés privés

## 8.1. La passation des marchés privés non réglementés

### 8.1.1. Liberté contractuelle

Les maîtres d'ouvrage privés ne sont soumis à aucune règle obligatoire en matière de passation de leurs marchés. Les dispositions contractuelles d'un marché ont force de loi entre les parties (C. civ., art. 1134).

Les maîtres d'ouvrage privés (particuliers, commerçants, industriels, promoteurs…) ne sont obligés, pour passer leurs marchés, de respecter ni le Code des marchés publics, ni l'ordonnance du 6 juin 2005, ni la loi MOP du 12 juillet 1985.

Ils ne sont pas tenus au respect des principes de transparence et d'égalité des candidats et n'ont, de ce fait, aucune obligation en matière de publicité ou de mise en concurrence, et ne sont pas obligés de passer leurs marchés après un appel d'offres.

Le principe de la liberté contractuelle prévaut. Les marchés privés non réglementés ne sont cependant pas dispensés de respecter les lois d'ordre public. De ce fait, certaines clauses, contraires à ces dispositions légales ou réglementaires d'une particulière importance, seront écartées de plein droit.

L'existence de règles d'ordre public vient ainsi limiter le principe fondamental de liberté des conventions.

### 8.1.2. Dans le respect des règles d'ordre public

**Sont prohibées les clauses contraires :**

- aux articles **1792 et suivants du Code civil** sur la responsabilité des constructeurs (se reporter au chapitre 11 sur la réception des travaux) ;
- aux dispositions de la **loi du 31 décembre 1975** relative à la sous-traitance (se reporter au chapitre 4 sur la dévolution des marchés) ;
- aux dispositions de la **loi du 16 juillet 1971** sur la retenue de garantie (se reporter au chapitre 9 sur les garanties) ;
- aux dispositions de **l'article 1799-1 du Code civil** sur la garantie de paiement des entrepreneurs (se reporter au chapitre 9 sur les garanties).

De telles clauses seraient considérées comme non écrites ou annulables. De plus, en cas de litige, un juge doit en principe soulever d'office l'inefficacité de telles stipulations.

Ces mécanismes, restrictifs de la liberté contractuelle, assurent l'efficacité des dispositifs de protection voulus par le législateur, en évitant que la partie la plus forte n'impose ses règles à la plus faible.

Cela est encore renforcé lorsqu'un contrat d'entreprise est conclu entre un professionnel et un non-professionnel, par le jeu de l'interdiction des clauses abusives.

### 8.1.3. La dématérialisation dans les marchés privés

Il n'existe pas, comme pour les marchés publics, de réglementation spécifique organisant la dématérialisation des dossiers.

Cependant, la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance électronique dans l'économie numérique fixe des obligations pour la conservation des documents dématérialisés et la passation des contrats électroniques.

Tout professionnel qui propose, par voie électronique, la fourniture de biens ou la prestation de services met à disposition les conditions contractuelles applicables d'une manière qui permette leur conservation et leur reproduction (art. 2 du décret du 30 avril 2002).

Au-delà d'un certain montant (déterminé par décret à paraître), le contractant professionnel assure la conservation de l'écrit qui constate le contrat conclu par voie électronique pendant un délai déterminé (C. civ., art. L. 134-2).

Les contrats qui ne sont soumis à aucune formalité particulière peuvent être passés sous la forme électronique (C. civ., art. 1108-1 et 1108-2).

Les obligations d'information relatives à une offre électronique et à la conclusion d'un contrat électronique relèvent des dispositions générales de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004.

## 8.2. Le devis

### 8.2.1. Le devis est établi par l'entrepreneur

Un devis est un document détaillant les travaux à accomplir, les matériaux à utiliser et leur prix ; il est établi par l'entrepreneur et proposé au maître d'ouvrage.

Le devis est l'un des documents du marché. Pour certains travaux – notamment ceux de faible montant et passés avec des particuliers –, il peut même être le seul document contractuel d'une opération.

Le devis peut constituer un préalable à la signature du marché.

Il peut être **le marché lui-même** lorsqu'il est accepté et donc signé par le maître d'ouvrage. Lorsque le devis est suffisamment précis et détaillé, il s'analyse juridiquement en une offre de l'entrepreneur, par laquelle celui-ci s'engage fermement. **L'approbation sans réserve du devis** par le maître d'ouvrage **vaut** alors **conclusion du marché**.

**Le devis ne fait pas l'objet**, en tant que tel, **d'une réglementation générale**. Il suit les règles classiques de formation et d'exécution des contrats. **Une exception toutefois** : **les travaux de dépannage**, de réparation et d'entretien réalisés pour un consommateur font l'objet obligatoirement d'un devis dont le contenu est régi par les dispositions d'un arrêté en date du 2 mars 1990.

### 8.2.2. Lorsque le maître d'ouvrage est un consommateur

Les règles relatives au devis sont plus nombreuses lorsque le maître d'ouvrage est un particulier.

Que le maître de l'ouvrage soit un professionnel ou un consommateur, qu'il s'agisse de travaux de dépannage et d'entretien ou non, l'entrepreneur qui ne réalise pas immédiatement les travaux est tenu d'**indiquer** dans son contrat (devis, marché) **la date ou le délai limite auquel il s'engage à exécuter sa prestation**.

S'agissant des particuliers, la loi du 17 mars 2014 relative à la consommation précise qu'à défaut d'indication ou d'accord quant à cette date, le professionnel est **tenu** de livrer le bien

ou **d'exécuter la prestation sans retard injustifié et au plus tard trente jours après la conclusion du contrat** (article L138-1 du Code de la consommation).

En cas de non-respect de ces délais, le consommateur peut résoudre le contrat, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par un écrit sur un autre support durable, si, après avoir enjoint, selon les mêmes modalités, le professionnel d'effectuer la livraison ou de fournir le service dans un délai supplémentaire raisonnable, ce dernier ne s'est pas exécuté dans ce délai.

Toutefois, la résolution peut être opérée sans délai si la date ou le délai d'intervention était une condition essentielle du contrat pour le consommateur, notamment. Dans ce cas, les acomptes éventuellement perçus doivent être remboursés.

### 8.2.3. Dans certains cas, le devis est obligatoire ainsi que l'ordre de réparation

L'arrêté du 2 mars 1990 relatif à la publicité des prix des **prestations de dépannage**, de **réparation et d'entretien** dans le secteur du bâtiment et de l'électroménager rend obligatoire l'élaboration d'un devis dans ces secteurs, et en réglemente le contenu.

En outre, il oblige l'entrepreneur à rédiger un ordre de réparation.

L'arrêté du 2 mars 1990 concerne les travaux réalisés pour un particulier, c'est-à-dire une personne physique, agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle.

**L'entretien** : les prestations nécessaires à la maintenance d'un ouvrage.

**Le dépannage** : toute opération ponctuelle destinée à permettre le fonctionnement partiel ou total d'une installation ou d'un ensemble défectueux.

**La réparation** : les travaux ayant pour but de remédier aux dégradations, quelle qu'en soit la nature, qui ont pu se produire sur un ouvrage.

**Sont donc exclus** du champ d'application de l'arrêté : les travaux neufs de réfection, de rénovation complète d'un ouvrage ou d'un ensemble fonctionnel.

**Sont également dans le champ d'application du décret** les opérations de remplacement ou d'adjonction de pièces, d'éléments ou d'appareil, consécutives aux prestations de dépannage, de réparation et d'entretien, et les opérations de raccordement, d'installation, d'entretien, de réparation ou de réglage portant sur des équipements électriques, électroniques, informatiques, radioélectriques et électroménagers, quel que soit le lieu d'exécution.

**Les secteurs concernés** sont listés en annexe de l'arrêté ; il s'agit des prestations d'entretien, de dépannage, de réparation effectuées pour les travaux suivants :

- maçonnerie ;
- fumisterie et génie climatique, à l'exception des opérations exécutées dans le cadre de contrats relatifs à l'exploitation de chauffage-climatisation ;
- ramonage ;
- isolation ;
- menuiserie ;
- serrurerie ;
- couverture ;
- plomberie ;
- installation sanitaire ;

- étanchéité ;
- plâtrerie ;
- peinture ;
- vitrerie, miroiterie ;
- revêtement de murs et de sols en tous matériaux ;
- installation électrique.

**Les prestations exclues** :

- les opérations de raccordement à un réseau public effectuées par un concessionnaire de service public ou sous sa responsabilité, et qui font l'objet d'une tarification publique ;
- les prestations réalisées dans le cadre de contrats d'entretien ou de garantie couvertes par des paiements forfaitaires effectués lors de la signature du contrat ou de son renouvellement.
- En conséquence, dès lors que les travaux exécutés sont bien des travaux prévus au contrat d'entretien et sont rémunérés par la redevance forfaitaire globale stipulée, l'arrêté du 2 mars 1990 ne s'applique pas. En revanche, si à l'occasion de l'exécution du contrat d'entretien, l'entreprise se voyait sollicitée pour effectuer des travaux, réparations ou tâches d'entretien non prévus au contrat initial et donnant lieu à facturation complémentaire distincte, alors elle devrait se conformer aux obligations lui incombant en vertu de ce texte réglementaire : délivrance d'un ordre de réparation et d'un devis détaillé ;
- les opérations de réfection partielle ou totale d'un bâtiment, les travaux d'agrandissement, les petites constructions neuves (une clôture, un garage accolé, etc.).

**Deux documents doivent être établis par l'entreprise** : un ordre de réparation et un devis détaillé.

**L'ordre de réparation au-dessus de 150 €**. Dès lors que le montant estimé des travaux est supérieur à 150 € TTC, l'entreprise doit rédiger un « ordre de réparation », sans que le client ait à le réclamer, et même en situation d'urgence absolue. L'ordre de réparation ne tient pas lieu de devis. Il :

- constate l'état initial des lieux ou de l'appareil ;
- indique la motivation de l'appel ;
- indique les réparations à effectuer en présence du consommateur ou de son représentant.

**Le devis détaillé au-dessus de 150 €**. Lorsque le montant estimé des travaux est supérieur à 150 € TTC (prix du devis compris si l'entrepreneur prévoit un devis payant) ou lorsque le client en fait la demande, même si le montant estimé des travaux est inférieur à 150 € TTC, l'entreprise doit remettre au consommateur, préalablement à l'exécution des travaux, un devis détaillé.

La rédaction de l'ordre de réparation ne dispense pas l'entreprise de la remise du devis détaillé, sauf situation d'urgence absolue.

**Le devis doit indiquer** :

- la date de rédaction ;
- le nom et l'adresse de l'entreprise ;
- l'ensemble des mentions obligatoires exigées par les textes applicables aux papiers d'affaires : numéro unique d'identification, siège social, forme juridique et capital social s'il s'agit d'une société ;

- le nom du client et le lieu d'exécution des travaux (le lieu d'exécution des travaux peut être différent du domicile du client) ;
- le décompte détaillé, en quantité et prix, de chaque prestation et produit nécessaire :
  - dénomination. Cette dénomination ne doit pas être générique : elle doit être suffisamment précise pour permettre d'identifier clairement la prestation ou le produit mis en œuvre,
  - prix unitaire et désignation de l'unité à laquelle il s'applique (notamment le taux horaire de main-d'œuvre, le mètre linéaire ou le mètre carré),
  - quantité prévue ;
- les frais de déplacement, le cas échéant. Si l'entreprise a l'intention de facturer des frais de déplacement, elle doit les avoir prévus et indiqués sur le devis ;
- la somme globale à payer HT et TTC ;
- le taux de TVA ;
- la durée de validité de l'offre ;
- le caractère payant ou gratuit du devis.

Le prix du devis est pris en compte pour calculer la limite des 150 € TTC.

Le devis doit comporter, datée et signée du consommateur, la mention manuscrite : « Devis reçu avant l'exécution des travaux ».

Il est rédigé en double exemplaire (double à conserver pendant deux ans, classé par ordre de rédaction).

**En cas d'urgence absolue**, l'établissement du devis écrit préalable n'est pas exigé, mais l'obligation de rédiger un ordre de réparation demeure. L'intervention en situation d'urgence absolue est définie comme celle visant à faire cesser un danger manifeste pour la sécurité des biens ou l'intégrité des locaux (par exemple : fuite de gaz, chauffe-eau produisant du monoxyde de carbone, etc.). Il s'agira souvent d'une réparation provisoire, l'intervention définitive donnant alors lieu à la rédaction d'un devis détaillé dans les termes exposés ci-dessus.

**Les sanctions en cas de non-respect de l'arrêté du 2 mars 1990**. Le non-respect des dispositions de l'arrêté ne prive pas l'entreprise de son droit au paiement des travaux réalisés. En revanche, cette infraction est passible d'une sanction administrative d'un montant maximum de 3 000 € (15 000 € pour une personne morale). Les agents de la concurrence ont un pouvoir d'injonction et peuvent de ce fait demander aux professionnels de se conformer aux dispositions légales ou réglementaires. Si le professionnel ne respecte pas cette injonction, les enquêteurs peuvent prononcer une amende administrative dont le montant ne peut excéder 1 500 € pour une personne physique et 7 500 € pour une personne morale.

## 8.3. La passation des marchés (publics ou privés) soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005

### 8.3.1. Les textes

L'ordonnance n° 2005-659 du 6 juin 2005 modifiée, relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées **non** soumises au Code des marchés publics, réunit en un seul et unique texte l'ensemble des dispositions législatives applicables aux organismes non soumis au Code des marchés, mais soumis aux directives marchés publics.

Elle est complétée, pour la partie réglementaire, par deux décrets :

- celui du 20 octobre 2005 (n° 1308) pour les opérateurs de réseaux (eau, énergie, transports et services postaux), qui ne sera pas traité ici ;
- et celui du 30 décembre 2005 (n° 1742) qui concerne les secteurs dits classiques, dont celui du bâtiment et du génie civil ;
- ces deux décrets ont été modifiés par le décret n° 2008-1334 du 17 décembre 2008 et le décret n° 2009-1702 du 30 décembre 2009 relatif aux seuils.

### 8.3.2. Les maîtres d'ouvrage concernés

(Voir, dans cet ouvrage, chapitre 1, le point 1.1.2.)

En pratique, sont concernés les marchés (et accords-cadres) passés par les pouvoirs adjudicateurs (maîtres d'ouvrage) suivants :

- les organismes privés d'HLM (sociétés anonymes, coopératives d'HLM et sociétés de crédit immobilier) ;
- les OPH ;
- les sociétés d'économie mixte (SEM) ;
- les SEM de construction et de gestion de logements sociaux ;
- la Banque de France ;
- la Caisse des dépôts et consignations ;
- …

**Plus généralement**, les marchés passés par :

- les organismes de droit privé ou les organismes de droit public (autres que ceux soumis au Code des marchés publics), dotés de la personnalité juridique et qui ont été créés pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général (ayant un caractère autre qu'industriel et commercial), **dont soit** :
  a) **l'activité est financée majoritairement par** un pouvoir adjudicateur soumis au Code des marchés publics ou à l'ordonnance du 6 juin 2005,
  b) **la gestion est soumise à un contrôle par** un pouvoir adjudicateur soumis au Code des marchés publics ou à l'ordonnance,
  c) **l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de** membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur soumis au Code des marchés publics ou à l'ordonnance du 6 juin 2005 ;
- les organismes de droit privé, dotés de la personnalité juridique, constitués en vue de réaliser certaines activités en commun, soit :
  a) par des pouvoirs adjudicateurs soumis au Code des marchés publics,
  b) par des pouvoirs adjudicateurs soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005,
  c) par des pouvoirs adjudicateurs soumis au Code des marchés publics et à l'ordonnance du 6 juin 2005 ;
- les marchés subventionnés directement **à plus de 50 %** par un pouvoir adjudicateur soumis au Code des marchés publics ou à l'ordonnance du 6 juin 2005 et qui ou bien concernent des activités de génie civil ou bien ont pour objet de réaliser ou de faire réaliser tous travaux de bâtiment relatifs à des établissements de santé, des équipements sportifs,

récréatifs ou de loisir, des bâtiments scolaires ou universitaires ou des bâtiments à usage administratif.

**À noter** que le décret n° 2010-406 du 26 avril 2010 portant diverses dispositions en matière de commande publique soumet à l'ordonnance du 6 juin 2005, le Haut Conseil du commissariat aux comptes (article R. 821-14-19 du Code de commerce), l'Autorité des marchés financiers (article R. 621-26 du Code monétaire et financier), la Haute Autorité de santé (article R. 161-101 du Code de la sécurité sociale) et l'Agence française de lutte contre le dopage (article R. 232-41 du Code des sports).

*Attention !*

**Les dispositions de l'ordonnance s'appliquent sans condition de seuil, mais** les dispositions du décret du 30 décembre 2005 ne s'appliquent que pour les opérations (de travaux) d'un montant supérieur aux seuils européens.

### 8.3.3. Principales dispositions de l'ordonnance du 6 juin 2005

**L'ordonnance s'applique sans condition de seuil**.

Elle détermine les règles qui sont applicables à la fois aux pouvoirs adjudicateurs et aux entités adjudicatrices.

Les marchés de travaux de bâtiment ne sont concernés que par les mesures concernant les pouvoirs adjudicateurs.

Les marchés (et accords-cadres) soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005 doivent respecter les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures (art. 6).

Ne peuvent soumissionner à ces marchés que les personnes qui peuvent soumissionner à un marché public (art. 8).

Attribution du marché (ou de l'accord-cadre) à l'offre économiquement la plus avantageuse (art. 14).

Référé précontractuel et référé contractuel possibles, y compris pour les contrats de droit privé (ordonnance du 7 mai 2009).

### 8.3.4. Principaux articles du décret du 30 décembre 2005

**Spécifications techniques (art. 2 et 3)**.

**Clauses sociales et environnementales (art. 4) :**

Les conditions d'exécution d'un marché ou d'un accord-cadre peuvent comporter des éléments à caractère social ou environnemental qui prennent en compte les objectifs de développement durable en conciliant développement économique, protection et mise en valeur de l'environnement, et progrès social. Elles sont précisées dans l'avis d'appel à concurrence ou dans les documents de la consultation.

Ces conditions d'exécution ne peuvent pas avoir d'effet discriminatoire à l'égard des candidats potentiels.

**Durée du marché (art. 5)**

Sans préjudice des dispositions fixant la durée maximale pour les accords-cadres et les marchés à bons de commande ainsi que pour les marchés complémentaires et les marchés de prestations similaires passés en procédure négociée, la durée d'un marché ainsi que, le cas échéant, le nombre de ses reconductions sont fixés en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique.

Un marché peut prévoir une ou plusieurs reconductions à condition que ses caractéristiques restent inchangées et que la mise en concurrence ait été réalisée en prenant en compte la durée totale du marché, période de reconduction comprise.

**Prix, actualisation, révision (art. 6)**

Les prix des prestations faisant l'objet d'un marché sont soit des prix unitaires appliqués aux quantités réellement livrées ou exécutées, soit des prix forfaitaires appliqués à tout ou partie du marché, quelles que soient les quantités livrées ou exécutées.

Les marchés peuvent prévoir des clauses d'actualisation, d'ajustement et de révision des prix.

**Seuils et procédures (art. 7 à 10)**

Pour les marchés de travaux, au-dessus du seuil communautaire, les marchés sont passés selon une procédure formalisée qui peut être soit un appel d'offres (ouvert ou restreint), soit une procédure négociée, soit une procédure du dialogue compétitif. Au-dessous de ce seuil, les marchés sont passés selon des modalités librement définies par le pouvoir adjudicateur.

**Notion d'opération (art. 11)**

En ce qui concerne les travaux, est prise en compte la valeur globale des travaux se rapportant à une opération portant sur un ou plusieurs ouvrages.

Il y a opération de travaux lorsque le pouvoir adjudicateur prend la décision de mettre en œuvre, dans une période de temps et un périmètre limités, un ensemble de travaux caractérisé par son unité fonctionnelle, technique ou économique.

Lorsqu'un achat peut être réalisé par lots séparés, est prise en compte la valeur globale estimée de la totalité de ces lots.

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent décider de mettre en œuvre soit une procédure unique de mise en concurrence pour l'ensemble des lots, soit une procédure de mise en concurrence propre à chaque lot. Quelle que soit l'option retenue, lorsque la valeur cumulée des lots est égale ou supérieure aux seuils européens, la ou les procédures à mettre en œuvre sont les procédures formalisées.

Toutefois, les pouvoirs adjudicateurs peuvent déroger à cette obligation et mettre en œuvre une procédure librement définie par le pouvoir adjudicateur pour les lots inférieurs à 1 M€ HT dans le cas des marchés de travaux, pour autant que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 % de la valeur de la totalité des lots.

**Confidentialité (art. 13)**.

**Dématérialisation (art. 14)**

Les documents écrits peuvent être remplacés par la production d'un support physique électronique ou par un échange électronique.

Les candidatures et les offres transmises par voie électronique ou sur support physique électronique sont présentées dans des conditions qui permettent d'authentifier la signature du candidat selon les exigences posées aux articles 1316, 1316-1 à 1316-4 du Code civil.

La transmission des candidatures et des offres fait l'objet d'une date certaine de réception.

Lorsque les candidats transmettent leurs documents par voie électronique, ils peuvent adresser au pouvoir adjudicateur, sur support papier ou sur support physique électronique, une copie de sauvegarde des documents établie selon des modalités fixées par arrêté du ministre chargé de l'Économie. Cette copie ne peut être prise en considération que si elle est parvenue au pouvoir adjudicateur dans le délai prescrit pour le dépôt, selon le cas, des candidatures ou des offres.

**Publicité (art. 15 et 16)**

Le profil d'acheteur du pouvoir adjudicateur est le site dématérialisé auquel il a recours pour ses achats.

La publication d'un avis de pré-information n'est obligatoire que pour le pouvoir adjudicateur qui entend recourir à la faculté de réduire les délais de réception des offres.

Pour les marchés de travaux, l'avis indique les caractéristiques essentielles des marchés ou des accords-cadres que le pouvoir adjudicateur entend passer.

La mise en concurrence des marchés passés selon une des procédures formalisées donne lieu à la publication d'un avis d'appel à concurrence.

L'avis d'appel à concurrence est envoyé pour publication au *JOUE*.

**Présentation des candidatures (art. 17 à 19)**

Le pouvoir adjudicateur ne peut exiger des candidats que des renseignements permettant d'évaluer leur expérience, leurs capacités professionnelles, techniques et financières ainsi que des documents relatifs aux pouvoirs des personnes habilitées à les engager.

La liste de ces renseignements et documents est fixée par arrêté du ministre chargé de l'Économie du 28 août 2006.

Lorsque le pouvoir adjudicateur décide de fixer des niveaux minimaux de capacité, il ne peut être exigé des candidats que des niveaux minimaux de capacité liés et proportionnés à l'objet du marché. Les documents, renseignements et les niveaux minimaux de capacité demandés sont précisés dans l'avis d'appel public à concurrence ou, en l'absence d'un tel avis, dans les documents de la consultation.

Pour les marchés qui le justifient, le pouvoir adjudicateur peut exiger des candidats la production de certificats établis par des organismes indépendants et attestant leur capacité à exécuter le marché.

Pour justifier de ses capacités professionnelles, techniques et financières, le candidat, même s'il s'agit d'un groupement, peut demander que soient également prises en compte les capacités professionnelles, techniques et financières d'autres opérateurs économiques, quelle que soit la nature juridique des liens existant entre ces opérateurs et lui. Dans ce cas, il doit justifier des capacités de ce ou ces opérateurs économiques et du fait qu'il en disposera pour l'exécution du marché.

Le candidat produit également à l'appui de sa candidature :

- la copie du ou des jugements prononcés, s'il est en redressement judiciaire ;

- une déclaration sur l'honneur pour justifier qu'il n'entre dans aucun des cas mentionnés à l'article 8 de l'ordonnance du 6 juin 2005.

Le candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché produit en outre :

- les pièces prévues aux articles D. 8222-5 ou D. 8222-7 et D. 8222-8 du Code du travail, qui sont à produire tous les six mois jusqu'à la fin de l'exécution du marché ;
- les attestations et certificats délivrés par les administrations et organismes compétents prouvant qu'il a satisfait à ses obligations fiscales et sociales. Le marché ne peut être attribué au candidat dont l'offre a été retenue que si celui-ci produit dans le délai imparti les certificats et attestations. S'il ne peut produire ces documents dans le délai imparti, son offre est rejetée et il est éliminé.

Le candidat dont l'offre a été classée immédiatement après la sienne est sollicité pour produire les certificats et attestations nécessaires, avant que le marché ne lui soit attribué.

**Variantes (art. 20 et 21)**

Le pouvoir adjudicateur indique dans l'avis d'appel à concurrence ou dans les documents de la consultation s'il autorise ou non les variantes ; à défaut d'indication, les variantes ne sont pas admises.

Les documents de la consultation mentionnent les exigences minimales que les variantes doivent respecter ainsi que les modalités de leur présentation. Seules les variantes répondant à ces exigences minimales peuvent être prises en considération.

**Sélection des candidatures (art. 23)**

**Avant de procéder à l'examen des candidatures**, s'il constate que des pièces dont la production était réclamée sont absentes ou incomplètes, le pouvoir adjudicateur peut demander à tous les candidats concernés de produire ou de compléter ces pièces dans un délai identique pour tous. Il peut, dans les mêmes conditions, demander aux candidats n'ayant pas justifié de la capacité juridique leur permettant de déposer leur candidature de régulariser sur ce point leur dossier.

Il en informe les autres candidats, qui ont la possibilité de compléter leur candidature dans le même délai.

Les candidats qui ne peuvent soumissionner un marché en application des dispositions de l'article 8 de l'ordonnance du 6 juin 2005 susvisée ou qui, le cas échéant après mise en œuvre des dispositions du premier alinéa, produisent des dossiers de candidatures ne comportant pas les pièces mentionnées à l'article 17, ne sont pas admis à participer à la suite de la procédure de passation du marché.

**Les candidatures qui n'ont pas été écartées** en application des dispositions du I du présent article sont examinées au regard des niveaux de capacités professionnelles, techniques et financières mentionnées dans l'avis d'appel à concurrence ou, en l'absence d'un tel avis, dans le règlement de la consultation. Les candidatures qui ne satisfont pas à ces niveaux de capacité sont éliminées.

L'absence de références relatives à l'exécution de marchés de même nature ne peut justifier l'élimination d'un candidat et ne dispense pas le pouvoir adjudicateur d'examiner les capacités professionnelles, techniques et financières des candidats.

**En cas de procédure restreinte**, de dialogue compétitif ou de procédure négociée avec publicité et mise en concurrence préalable, le pouvoir adjudicateur peut décider de restreindre le nombre de candidats qui seront admis à présenter une offre, à négocier ou à dialoguer. Il mentionne cette décision dans l'avis d'appel à concurrence. Il fixe alors dans cet avis un nombre minimum de candidats admis à présenter une offre, à négocier ou à dialoguer et peut également fixer un nombre maximum.

Dans l'appel d'offres restreint, le nombre minimum ne peut être inférieur à cinq. Dans la procédure négociée avec publication d'un avis et dans le dialogue compétitif, le nombre minimum ne peut être inférieur à trois.

Lorsque le nombre de candidats satisfaisant aux critères de sélection est inférieur au nombre minimum, le pouvoir adjudicateur peut continuer la procédure avec les candidats ayant les capacités requises. En revanche, le pouvoir adjudicateur ne peut pas inviter à participer à la procédure d'autres opérateurs économiques n'ayant pas participé à la sélection des candidatures ou des candidats n'ayant pas les capacités requises.

**Lorsque le pouvoir adjudicateur décide de limiter le nombre des candidats admis** à présenter une offre, il procède à la sélection de ces candidats en appliquant aux candidatures retenues conformément aux I et II des critères de sélection, non discriminatoires et liés à l'objet du marché, relatifs à leurs capacités professionnelles, techniques et financières. Ces critères sont mentionnés dans l'avis d'appel à concurrence ou, en l'absence d'un tel avis, dans le règlement de la consultation.

Avant de procéder à l'examen des candidatures, s'il constate que des pièces dont la production était réclamée sont absentes ou incomplètes, le pouvoir adjudicateur peut demander à tous les candidats concernés de produire ou de compléter ces pièces dans un délai identique pour tous.

Les candidats qui ne peuvent soumissionner à un marché en application des dispositions de l'article 8 de l'ordonnance du 6 juin 2005 ne sont pas admis à participer à la suite de la procédure de passation du marché.

Les candidatures sont examinées au regard des niveaux de capacités professionnelles, techniques et financières mentionnés dans l'avis d'appel à concurrence ou, en l'absence d'un tel avis, dans le règlement de la consultation. Les candidatures qui ne satisfont pas à ces niveaux de capacités sont éliminées.

En cas de procédure restreinte, de dialogue compétitif ou de procédure négociée avec publicité et mise en concurrence préalable, le pouvoir adjudicateur peut décider de restreindre le nombre de candidats qui seront admis à présenter une offre, à négocier ou à dialoguer. Il mentionne cette décision dans l'avis d'appel à concurrence. Il fixe alors dans cet avis un nombre minimum de candidats admis à présenter une offre, à négocier ou à dialoguer et peut également fixer un nombre maximum.

Dans l'appel d'offres restreint, le nombre minimum ne peut être inférieur à cinq. Dans la procédure négociée avec publication d'un avis et dans le dialogue compétitif, le nombre minimum ne peut être inférieur à trois.

Lorsque le nombre de candidats satisfaisant aux critères de sélection est inférieur au nombre minimum, le pouvoir adjudicateur peut continuer la procédure avec les candidats ayant les capacités requises. En revanche, le pouvoir adjudicateur ne peut pas inviter à participer à la procédure d'autres opérateurs économiques n'ayant pas participé à la sélection des candidatures ou des candidats n'ayant pas les capacités requises.

Lorsque le pouvoir adjudicateur décide de limiter le nombre des candidats admis à présenter une offre, il procède à la sélection de ces candidats en appliquant aux candidatures retenues des critères de sélection non discriminatoires et liés à l'objet du marché, relatifs à leurs capacités professionnelles, techniques et financières. Ces critères sont mentionnés dans l'avis d'appel à concurrence ou, en l'absence d'un tel avis, dans le règlement de la consultation.

**Offre économiquement la plus avantageuse et pondération (art. 24)**

Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur se fonde :

- soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché, notamment le délai de livraison ou d'exécution, le coût global d'utilisation, la rentabilité, la qualité, le caractère esthétique et fonctionnel, les caractéristiques environnementales, la valeur technique, le caractère innovant, le service après-vente et l'assistance technique, le prix, la date de livraison, les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté. D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché ;
- soit, compte tenu de l'objet du marché, sur le seul critère du prix.

Sauf dans la procédure du concours, lorsque plusieurs critères sont prévus, le pouvoir adjudicateur précise leur pondération.

Lorsque le pouvoir adjudicateur estime pouvoir démontrer que la pondération n'est pas possible, notamment du fait de la complexité du marché, il indique les critères par ordre décroissant d'importance.

Les critères ainsi que leur pondération ou leur hiérarchisation sont indiqués dans l'avis d'appel à concurrence ou dans les documents de la consultation.

**Enchères électroniques (art. 25)**

**Les marchés de travaux, quel que soit leur seuil, ne sont pas concernés par les enchères électroniques**.

**Offre anormalement basse (OAB) (art. 26)**

Si une offre paraît anormalement basse, le pouvoir adjudicateur peut la rejeter par décision motivée après avoir demandé par écrit les précisions qu'il juge utiles et vérifié les justifications fournies.

Peuvent être prises en considération des justifications tenant notamment aux procédés de construction, à l'originalité de l'offre, à des solutions techniques adoptées, ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le candidat pour exécuter les travaux.

**Appel d'offres (art. 28 à 32)**

L'appel d'offres est la procédure par laquelle le pouvoir adjudicateur choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats.

L'appel d'offres peut être ouvert ou restreint.

L'appel d'offres est dit ouvert lorsque tout opérateur économique peut remettre une offre.

L'appel d'offres est dit restreint lorsque seuls peuvent remettre des offres les opérateurs économiques qui y ont été autorisés après sélection.

Le choix entre les deux formes d'appel d'offres est libre.

**Appel d'offres ouvert** :

Le délai de réception des offres ne peut être inférieur à **cinquante-deux jours** à compter de la date d'envoi de l'avis d'appel à concurrence.

Ce délai minimal peut être ramené à vingt-deux jours lorsque trois conditions sont réunies : un avis de pré-information envoyé à la publication cinquante-deux jours au moins et douze mois au plus avant la date d'envoi de l'avis d'appel à concurrence comprenant les mêmes renseignements que ceux qui figurent dans l'avis d'appel à concurrence, pour autant que ces renseignements soient disponibles au moment de l'envoi de l'avis de pré-information.

Ces délais peuvent être **réduits de sept jours** lorsqu'un avis d'appel à concurrence est envoyé par voie électronique ou télécopie.

Le délai mentionné de cinquante-deux jours peut être **réduit de cinq jours** lorsque le pouvoir adjudicateur offre, par voie électronique et à compter de la publication de l'avis d'appel à concurrence, un accès libre, direct et complet aux documents de la consultation en indiquant dans le texte de l'avis l'adresse Internet à laquelle ces documents peuvent être consultés.

Les réductions de délais de sept et cinq jours peuvent être cumulées, sauf si le pouvoir adjudicateur a réduit le délai minimal à vingt-deux jours du fait de la publication d'un avis de pré-information.

**Appel d'offres restreint :**

En cas d'urgence ne résultant pas du fait du pouvoir adjudicateur, ce délai peut être ramené à quinze jours ou à dix jours si l'avis est envoyé par voie électronique ou télécopie.

Le délai minimal de réception des candidatures, en réponse à un avis d'appel à concurrence, est de **trente-sept jours** à compter de la date d'envoi de l'avis, ou de trente jours si l'avis a été envoyé par voie électronique ou télécopie.

Une lettre de consultation est envoyée simultanément à tous les candidats sélectionnés.

Cette lettre de consultation comporte au moins :

un exemplaire des documents de la consultation ou, s'ils ne sont pas détenus par le pouvoir adjudicateur, l'adresse du service auprès duquel les documents de la consultation peuvent être immédiatement obtenus sur demande, et la date limite pour présenter cette demande, ou encore les conditions de l'accès à ces documents s'ils sont mis à disposition directe par voie électronique ;

- la date et l'heure limites de réception des offres, l'adresse à laquelle elles sont transmises et la mention de l'obligation de les rédiger en langue française ;
- les références de l'avis d'appel à concurrence publié ;
- le cas échéant, la date limite pour demander des renseignements complémentaires ;
- la liste des documents à fournir avec l'offre ;
- les critères d'attribution du marché s'ils n'ont pas été mentionnés dans l'avis d'appel à concurrence ;
- la pondération des critères d'attribution du marché ou, le cas échéant, leur hiérarchisation, si ces renseignements ne figurent pas dans l'avis d'appel à concurrence ou dans les documents de la consultation.

Le délai de réception des offres ne peut être inférieur à **quarante jours** à compter de l'envoi de la lettre de consultation.

Ce délai minimal peut être ramené à vingt-deux jours lorsqu'un avis de pré-information a été envoyé à la publication cinquante-deux jours au moins et douze mois au plus avant la date d'envoi de l'avis d'appel à concurrence et qu'il contient les mêmes renseignements que ceux qui figurent dans l'avis d'appel à concurrence, pour autant que ces renseignements soient disponibles au moment de l'envoi de l'avis de pré-information.

Le délai de réception des offres de **quarante jours** peut être réduit de cinq jours lorsque le pouvoir adjudicateur offre, par voie électronique et à compter de la publication de l'avis d'appel à concurrence, l'accès libre, direct et complet aux documents de la consultation et à tout document complémentaire, en indiquant dans le texte de l'avis l'adresse internet à laquelle ces documents peuvent être consultés.

En cas d'urgence ne résultant pas du fait du pouvoir adjudicateur, le délai de réception des offres peut être ramené à dix jours.

**Procédures négociées (art. 33 à 37)**

**Peuvent être négociés après publicité préalable et mise en concurrence** :

- les marchés pour lesquels, après appel d'offres ou dialogue compétitif, il n'a été proposé que des offres non conformes. Les conditions initiales du marché ne doivent pas être substantiellement modifiées. Le pouvoir adjudicateur est dispensé de procéder à une nouvelle mesure de publicité s'il ne fait participer à la négociation que le ou les candidats qui, lors de la procédure antérieure, ont soumis des offres respectant les exigences relatives aux délais et modalités de présentation des offres ;
- les marchés de travaux qui sont conclus uniquement à des fins de recherche, d'essai, d'expérimentation.

**Peuvent être négociés sans publicité préalable et sans mise en concurrence** :

- dans la mesure strictement nécessaire, quand une urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles pour le pouvoir adjudicateur et n'étant pas de son fait, n'est pas compatible avec les délais exigés par les procédures d'appel d'offres ou de marchés négociés avec publicité et mise en concurrence préalable, et notamment les marchés conclus pour faire face à des situations d'urgence impérieuse relevant d'une catastrophe technologique ou naturelle ;
- les marchés passés selon la procédure de l'appel d'offres, pour lesquels il n'a été déposé aucune offre appropriée, pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées et qu'un rapport soit communiqué, à sa demande, à la Commission européenne ;
- les marchés complémentaires de services ou de travaux qui consistent en des prestations qui ne figurent pas dans le marché initialement conclu mais qui sont devenues nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue, à l'exécution du service ou à la réalisation de l'ouvrage tel qu'il est décrit dans le marché initial, à condition que l'attribution soit faite à l'opérateur économique qui a exécuté ce service ou réalisé cet ouvrage :
  a) lorsque ces services ou travaux complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché principal sans inconvénient majeur pour le pouvoir adjudicateur,

b) lorsque ces services ou travaux, quoiqu'ils soient séparables de l'exécution du marché initial, sont strictement nécessaires à son parfait achèvement. Le montant cumulé de ces marchés complémentaires ne doit pas dépasser 50 % du montant du marché principal ;

- les marchés de services ou de travaux ayant pour objet la réalisation de prestations similaires à celles qui ont été confiées au titulaire d'un marché précédent passé après mise en concurrence.

  Le premier marché doit avoir indiqué la possibilité de recourir à cette procédure pour la réalisation de prestations similaires. Sa mise en concurrence doit également avoir pris en compte le montant total envisagé, y compris celui des nouveaux services ou travaux. La durée pendant laquelle les nouveaux marchés peuvent être conclus ne peut dépasser trois ans à compter de la notification du marché initial ;
- les marchés de services qui sont attribués à un ou plusieurs lauréats d'un concours. Lorsqu'il y a plusieurs lauréats, ils sont tous invités à négocier ;
- les marchés qui ne peuvent être confiés qu'à un opérateur économique déterminé pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité.

**Une lettre de consultation est envoyée simultanément à tous les candidats sélectionnés**. Cette lettre de consultation comporte au moins :

- un exemplaire des documents de la consultation, ou, s'ils ne sont pas détenus par le pouvoir adjudicateur, l'adresse du service auprès duquel les documents de la consultation peuvent être immédiatement obtenus sur demande et la date limite pour présenter cette demande, ou encore les conditions d'accès à ces documents s'ils sont mis à disposition directe par voie électronique ;
- la date et l'heure limites de réception des offres, l'adresse à laquelle elles sont transmises et la mention de l'obligation de les rédiger en langue française ;
- les références de l'avis d'appel à concurrence publié ;
- le cas échéant, la date limite pour demander des renseignements complémentaires ;
- la liste des documents à fournir avec l'offre ;
- les critères d'attribution du marché s'ils n'ont pas été mentionnés dans l'avis d'appel à concurrence ;
- la pondération des critères d'attribution du marché ou, le cas échéant, leur hiérarchisation, si ces renseignements ne figurent pas dans l'avis d'appel à concurrence ou dans les documents de la consultation.

**La négociation est engagée avec les candidats sélectionnés. Elle ne peut conduire à modifier substantiellement les caractéristiques ou les conditions d'exécution du marché** telles qu'elles sont définies dans les documents de la consultation.

La négociation est conduite dans le respect du principe d'égalité de traitement de tous les candidats. Les informations données aux candidats ne peuvent être de nature à avantager certains d'entre eux. Les solutions proposées ou les informations confidentielles communiquées par un candidat lors de la négociation ne peuvent, sauf son accord, être révélées aux autres candidats par le pouvoir adjudicateur.

La procédure négociée peut se dérouler en phases successives à l'issue desquelles certains candidats sont éliminés par application des critères d'attribution indiqués dans l'avis ou dans

les documents de la consultation. Le recours à cette faculté est prévu dans l'avis d'appel à concurrence ou dans les documents de la consultation.

**Dialogue compétitif (art. 38 à 40)**

**Concours (art. 41)** :

Le concours est la procédure par laquelle le pouvoir adjudicateur choisit, après mise en concurrence et avis d'un jury, un plan ou un projet notamment dans le domaine de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, de l'architecture, de l'ingénierie ou des traitements de données, avant d'attribuer un marché à l'un des lauréats du concours.

Cette procédure prévoit l'intervention d'un jury dans le concours restreint de maîtrise d'œuvre qui donne son avis sur les candidatures et sur les prestations. Elle prévoit également l'obligation d'indemniser les concurrents à hauteur d'au moins 80 % des prestations remises.

Les critères d'évaluation des projets mentionnés dans l'avis ou les documents de la consultation ne sont pas obligatoirement pondérés dans la procédure de concours.

**Marché de conception-réalisation (art. 41-1) :**

Le décret du 30 décembre 2005 a créé l'article 41-1 pour introduire les règles du décret du 29 novembre 1993 abrogé. Le marché de conception-réalisation est un marché de travaux qui permet à un pouvoir adjudicateur de confier à un groupement d'opérateurs économiques ou, pour les seuls ouvrages d'infrastructure, à un seul opérateur économique une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux.

Lorsque le maître d'ouvrage est assujetti à la loi MOP, il ne peut recourir à un marché de conception-réalisation, quel qu'en soit le montant, que si des motifs d'ordre technique, liés à la destination ou à la mise en œuvre technique de l'ouvrage, rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études.

Ces prestations comportent au moins un avant-projet sommaire pour un ouvrage de bâtiment ou, pour un ouvrage d'infrastructure, un avant-projet accompagné de la définition des performances techniques de l'ouvrage.

En vue d'une opération de réhabilitation de bâtiment et si les conditions fixées à l'article 38 sont réunies, les pouvoirs adjudicateurs soumis à la loi MOP peuvent également passer des marchés de conception-réalisation selon la procédure du dialogue compétitif.

**Marché de maîtrise d'œuvre (art. 41-2) :**

L'article 41-2 du décret du 30 décembre 2005 introduit des dispositions spécifiques à la passation des concours de maîtrise d'œuvre. (En réalité, il s'agit tout simplement de la reprise des dispositions figurant dans le décret « Concours » de la loi MOP abrogé.)

Les marchés de maîtrise d'œuvre ont pour objet, en vue de la réalisation d'un ouvrage ou d'un projet urbain ou paysager, l'exécution d'un ou plusieurs éléments de mission.

En d'autres termes, l'ensemble des marchés de maîtrise d'œuvre relève du champ d'application de cet article, et non pas les seuls marchés relevant de la loi MOP.

Il n'y a aucune obligation, même en bâtiment neuf, de faire un concours de maîtrise d'œuvre.

**Accords-cadres et marchés à bons de commande (art. 42 et 43)**

**Dans les accords-cadres** (définis à l'article 1er de l'ordonnance du 6 juin 2005), le pouvoir adjudicateur a la faculté de prévoir un minimum et un maximum en valeur ou en quantité,

ou un minimum ou un maximum, ou encore des marchés conclus sans minimum ni maximum.

**Les marchés passés sur le fondement d'un accord-cadre** sont des documents écrits qui précisent les caractéristiques des prestations demandées qui n'ont pas été fixées dans l'accord-cadre. La conclusion des marchés passés sur le fondement d'un accord-cadre intervient soit lors de la survenance du besoin, soit selon une périodicité prévue par l'accord-cadre.

Lorsqu'un accord-cadre est attribué à plusieurs opérateurs économiques, ceux-ci sont au moins au nombre de trois (sous réserve d'un nombre suffisant de candidats et d'offres). Pour chacun des marchés à passer sur le fondement de cet accord, le pouvoir adjudicateur consulte par écrit les opérateurs économiques titulaires de l'accord-cadre et organise une mise en concurrence selon la procédure suivante :

1. Lorsque la remise en concurrence est organisée au moment de la survenance du besoin et que le contrat a été divisé en lots, seuls sont consultés les titulaires des lots correspondant à l'objet du marché fondé sur l'accord-cadre.
2. Lorsque la remise en concurrence est organisée selon une périodicité prévue par l'accord-cadre, elle porte sur tous les lots.
3. Quel que soit le choix opéré, les parties ne peuvent apporter des modifications substantielles aux termes fixés dans l'accord-cadre lors de la passation des marchés fondés sur cet accord.
4. Le pouvoir adjudicateur fixe un délai suffisant pour la présentation des offres, en tenant compte d'éléments tels que la complexité des prestations attendues ou le temps nécessaire à la transmission des offres.
   Ces offres sont proposées conformément aux caractéristiques fixées par l'accord-cadre et les documents de la consultation propres au marché fondé sur l'accord-cadre. Elles sont établies par écrit et transmises au pouvoir adjudicateur par tout moyen permettant de déterminer la date et l'heure de réception. Leur contenu doit rester confidentiel jusqu'à l'expiration du délai prévu pour le dépôt des offres.
5. Les marchés passés sur le fondement de l'accord-cadre sont attribués à celui ou, le cas échéant, à ceux des titulaires de l'accord-cadre qui ont présenté les offres économiquement les plus avantageuses, sur la base des critères objectifs et non discriminatoires fixés par l'accord-cadre pour l'attribution de ces marchés.

**Lorsqu'un accord-cadre a été attribué à un seul opérateur économique**, le pouvoir adjudicateur peut, préalablement à la conclusion des marchés fondés sur l'accord-cadre, demander au titulaire de l'accord-cadre de compléter, par écrit, son offre. Les compléments ainsi apportés aux caractéristiques de l'offre retenue pour l'attribution de l'accord-cadre ne peuvent avoir pour effet de les modifier substantiellement.

**La durée des accords-cadres ne peut dépasser quatre ans**, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés, notamment par leur objet ou par le fait que leur exécution nécessite des investissements amortissables sur une durée supérieure à quatre ans. La conclusion des marchés passés sur le fondement d'un accord-cadre ne peut se faire que pendant la durée de validité de l'accord-cadre. Leur durée d'exécution est fixée conformément aux conditions habituelles d'exécution des prestations faisant l'objet de l'accord-cadre. Le pouvoir adjudicateur ne peut cependant retenir une date de passation et une durée d'exécution telles que l'exécution des marchés se prolonge au-delà de la date limite de validité de l'accord dans des

conditions qui méconnaissent l'obligation d'une remise en concurrence périodique des opérateurs économiques.

Les marchés passés sur le fondement d'un accord-cadre peuvent être des marchés à bons de commande.

**Un marché à bons de commande** est un marché conclu avec un ou plusieurs opérateurs économiques et exécuté au fur et à mesure de l'émission de bons de commande.

Dans ce marché, le pouvoir adjudicateur a la faculté de prévoir un minimum et un maximum en valeur ou en quantité, ou un minimum ou un maximum, ou encore être conclu sans minimum ni maximum.

L'émission des bons de commande s'effectue **sans négociation ni remise en concurrence préalable des titulaires**, selon des modalités expressément prévues par le marché.

Les bons de commande sont des documents écrits adressés aux titulaires du marché. Ils précisent celles des prestations, décrites dans le marché, dont l'exécution est demandée et en déterminent la quantité.

**La durée des marchés à bons de commande ne peut dépasser quatre ans**, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés, notamment par leur objet ou par le fait que leur exécution nécessite des investissements amortissables sur une durée supérieure à quatre ans. L'émission des bons de commande ne peut intervenir que pendant la durée de validité du marché. Leur durée d'exécution est fixée conformément aux conditions habituelles d'exécution des prestations faisant l'objet du marché. Le pouvoir adjudicateur ne peut cependant retenir une date de passation et une durée d'exécution telles que l'exécution des marchés se prolonge au-delà de la limite de validité de l'accord dans des conditions qui méconnaissent l'obligation d'une remise en concurrence périodique des opérateurs économiques.

**Rapport de présentation (art. 45)**

**Motifs de l'**éviction (art. 46) :

Pour les marchés (et accords-cadres) passés selon une procédure formalisée (autre que celle du II de l'article 33), le pouvoir adjudicateur, dès qu'il a fait son choix pour une candidature ou une offre, notifie à tous les autres candidats le rejet de leur candidature ou de leur offre, en leur indiquant les motifs de ce rejet.

Cette notification précise le nom de l'attributaire et les motifs qui ont conduit au choix de son offre aux candidats ayant soumis une offre et à ceux n'ayant pas encore reçu communication du rejet de leur candidature.

Un délai d'au moins **seize jours** est respecté entre la date d'envoi de la notification prévue aux alinéas précédents et la date de conclusion du marché. Ce délai est réduit à au moins **onze jours** en cas de transmission électronique de la notification à l'ensemble des candidats intéressés.

La notification de l'attribution du marché (ou de l'accord-cadre) comporte l'indication de la durée du délai de suspension que le pouvoir adjudicateur s'impose, eu égard notamment au mode de transmission retenu.

Toutefois, le respect des délais de seize ou de onze jours n'est pas exigé :

a) dans le cas des appels d'offres ou des marchés négociés, lorsque le marché est attribué au seul candidat ayant présenté une offre répondant aux exigences indiquées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation ;

b) dans le cas des marchés fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique.

Par ailleurs, lorsque le pouvoir adjudicateur décide de ne pas attribuer le marché ou de recommencer la procédure, il informe, dans les plus brefs délais, les candidats des motifs de sa décision. Sur demande écrite des candidats, la réponse est écrite.

Enfin, le pouvoir adjudicateur communique à tout candidat écarté qui n'a pas été destinataire de la notification du rejet de sa candidature ou de son offre les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre, dans les quinze jours de la réception d'une demande écrite. Si l'offre du candidat a été rejetée pour un motif autre qu'une offre irrégulière, inacceptable ou inappropriée, le pouvoir adjudicateur lui communique en outre les caractéristiques et les avantages de l'offre retenue ainsi que le nom du ou des attributaires du marché ou de l'accord-cadre.

Le pouvoir adjudicateur ne peut communiquer les renseignements dont la divulgation :

a) serait contraire à la loi, en particulier violerait le secret industriel et commercial ;

b) serait contraire à l'intérêt public ;

c) pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques.

**Avis d'attribution (art. 47)**

Pour les marchés donnant lieu à l'une des procédures formalisées (ou à un accord-cadre), et pour les marchés de services relevant de l'article 9 d'un montant égal ou supérieur à 193 000 € HT, le pouvoir adjudicateur envoie pour publication, dans **un délai maximal de quarante-huit jours** à compter de la notification du marché (ou de l'accord-cadre), un avis d'attribution. Le pouvoir adjudicateur est dispensé d'envoyer un avis d'attribution pour les marchés fondés sur un accord-cadre.

Les avis d'attribution sont adressés pour publication au *Journal officiel de l'Union européenne*, conformément au modèle fixé par règlement communautaire CE n° 1564/2005 susvisé.

Certaines informations relatives à la passation du marché (ou à la conclusion de l'accord-cadre) peuvent ne pas être publiées lorsque leur divulgation ferait obstacle à l'application des lois, serait contraire à l'intérêt public ou porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes des candidats ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre ceux-ci.

**Avances et acomptes (art. 47-1)**

Les marchés peuvent donner lieu à des versements à titre d'avance. L'avance **ne peut excéder 30 %** du montant initial, toutes taxes comprises, du marché ou de la tranche affermie.

L'avance peut toutefois être portée à un maximum de 60 % de ce montant sous réserve que le titulaire constitue une garantie à première demande. La constitution de cette garantie n'est pas exigée des organismes publics.

Les prestations qui ont donné lieu à un commencement d'exécution du marché ouvrent droit à des **acomptes**.

Le montant d'un acompte ne peut excéder la valeur des prestations auxquelles il se rapporte.

**Avis d'attribution des marchés dispensé de publicité (art. 47-2)**

Pour rendre applicables les dispositions du premier alinéa du I de l'article 1441-3 du Code de procédure civile (référé contractuel devant les juridictions judiciaires), le pouvoir adjudicateur publie au *Journal officiel de l'Union européenne* un avis d'attribution, conforme au modèle fixé par le règlement (CE) n° 1564/ 2005, informant de la conclusion d'un marché (ou d'un accord-cadre) dispensé d'obligations de publicité.

### 8.3.5. Les organismes HLM

**En outre, les organismes privés d'HLM et les SEM de construction et de logements sociaux** doivent respecter les dispositions prévues dans les articles R. 433-6, 10, 18, et R. 433-20 à 23 du Code de la construction et de l'habitation :

- article R. 433-6 du Code de la construction et de l'habitation : Commission d'appel d'offres et rapport annuel au conseil d'administration ;
- article R. 433-10 du Code de la construction et de l'habitation : Construction et maintenance d'un ouvrage ;
- article R. 433-18 du Code de la construction et de l'habitation : Avances, acomptes et variation de prix ;
- article R. 433-20 du Code de la construction et de l'habitation : Contrats de maîtrise d'œuvre ;
- article R. 433-21 du Code de la construction et de l'habitation : Concours ;
- article R. 433-22 du Code de la construction et de l'habitation : Conception et réalisation ;
- article R. 433-23 du Code de la construction et de l'habitation : Recherche, essais ou expérimentation.

9

# Les garanties

## 1. Les garanties que le maître d'ouvrage peut exiger de l'entrepreneur dans les marchés publics

### 1.1. Retenue de garantie et caution, ou garantie à première demande

Les dispositions du Code des marchés publics sur la retenue de garantie **ne s'appliquent pas aux contrats de sous-traitance** (qui sont toujours des contrats de droit privé). Seule s'applique la loi d'ordre public n° 71-584 du 16 juillet 1971.

Les articles 101, 102 et 103 du Code des marchés publics sont ainsi rédigés :

**Article 101**

*Le marché **peut** prévoir, à la charge du titulaire, **une retenue de garantie** qui est prélevée par fractions sur chacun des versements autres qu'une avance. Le montant de la retenue de garantie **ne peut être supérieur à 5 % du montant initial** augmenté, le cas échéant, du montant des avenants. La retenue de garantie a pour **seul objet de couvrir les réserves à la réception des travaux,** fournitures ou services ainsi que celles formulées, le cas échéant, **pendant le délai de garantie**. Le délai de garantie est le délai, qui peut être prévu par le marché, pendant lequel le pouvoir adjudicateur peut formuler des réserves sur des malfaçons qui n'étaient pas apparentes ou dont les conséquences n'étaient pas identifiables au moment de la réception.*
*Dans l'hypothèse où le montant des sommes dues au titulaire ne permettrait pas de procéder au prélèvement de la retenue de garantie, celui-ci est tenu de constituer une garantie à première demande selon les modalités fixées à l'article 102.*
*Cette disposition n'est pas applicable aux organismes publics titulaires d'un marché.*

**Article 102**

***La retenue de garantie peut être remplacée** au gré du titulaire par une garantie à première demande ou, **si le pouvoir adjudicateur ne s'y oppose pas**, par **une caution personnelle et solidaire**. Le montant de la garantie à première demande ou de la caution personnelle et solidaire ne peut être supé-*

*rieur à celui de la retenue de garantie qu'elles remplacent. Leur objet est identique à celui de la retenue de garantie qu'elles remplacent.*
*La garantie à première demande ou la caution personnelle et solidaire est établie* ***selon un modèle*** *fixé par un arrêté du ministre chargé de l'Économie.*
*L'organisme apportant sa garantie est choisi parmi les tiers agréés par le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement mentionné à l'article L. 612-1 du Code monétaire et financier. Lorsque cet organisme est étranger, il est choisi parmi les tiers agréés dans son pays d'origine. Le pouvoir adjudicateur peut récuser l'organisme qui doit apporter sa garantie.*
***Lorsque le titulaire du marché est un groupement solidaire****, la garantie est fournie par le mandataire pour le montant total du marché, avenants compris.*
***Lorsque le titulaire est un groupement conjoint****, chaque membre du groupement fournit une garantie correspondant aux prestations qui lui sont confiées. Si le mandataire du groupement conjoint est solidaire de chacun des membres du groupement, la garantie peut être fournie par le mandataire pour la totalité du marché.*
*Dans l'hypothèse où la garantie ou la caution ne serait pas constituée ou complétée au plus tard à la date à laquelle le titulaire remet la demande de paiement correspondant au premier acompte, la fraction de la retenue de garantie correspondant à l'acompte est prélevée.*
***Le titulaire a la possibilité, pendant toute la durée du marché, de substituer une garantie à première demande ou, si le pouvoir adjudicateur ne s'y oppose pas, une caution personnelle et solidaire à la retenue de garantie****. Toutefois, cette garantie à première demande ou cette caution personnelle et solidaire est constituée pour le montant total du marché, y compris les avenants. Les montants prélevés au titre de la retenue de garantie sont reversés au titulaire après constitution de la garantie de substitution.*

**Article 103** *(modifié par le décret n° 2013-269 du 29 mars 2013)*

*Les établissements ayant accordé leur caution ou leur garantie à première demande* ***sont libérés un mois au plus tard après l'expiration du délai de garantie****.*
*Toutefois,* ***si*** *des réserves ont été notifiées au titulaire du marché ou aux établissements ayant accordé leur caution ou leur garantie à première demande pendant le délai de garantie* ***et si*** *elles n'ont pas été levées avant l'expiration de ce délai,* ***les établissements sont libérés de leurs engagements un mois au plus tard après la date de leur levée****.*

**Par ailleurs, l'article 3 du décret du 29 mars 2013** indique :

*Lorsque le contrat prévoit* ***une retenue de garantie****, celle-ci est* ***remboursée dans un délai de 30 jours comptés de la date d'expiration du délai de garantie.***
*Toutefois,* ***si*** *des réserves ont été notifiées au créancier pendant le délai de garantie* ***et si*** *elles n'ont pas été levées avant l'expiration de ce délai,* ***la retenue de garantie est remboursée dans un délai de trente jours après la date de leur levée.***

### 1.1.1. La retenue de garantie

***Définition***

La retenue de garantie consiste à prélever 5 % maximum de chaque acompte versé à l'entreprise titulaire en vue de garantir au pouvoir adjudicateur le remboursement des sommes dont le titulaire du marché pourrait se trouver éventuellement redevable au titre des réserves faites à la réception des travaux ou pendant le délai de garantie et non levées dans les délais.

La retenue de garantie est remboursée trente jours au plus tard après l'expiration du délai de garantie (généralement pendant le mois qui suit l'expiration de la période de parfait achèvement, soit dans le treizième mois après la réception des travaux).

Si, jusqu'à l'expiration de ce délai, le titulaire ne remédie pas aux malfaçons ayant fait l'objet de réserves, et si le pouvoir adjudicateur les reprend à ses frais et risques, la présence d'une retenue de

garantie dans ses caisses lui permettra de « se rembourser » en évitant en tout ou partie les aléas d'une procédure de recouvrement.

La retenue de garantie ne s'applique que si elle est **prévue dans le marché** et si celui-ci stipule un délai de garantie.

Le montant de la retenue de garantie **ne peut être supérieur à 5 %**, augmenté le cas échéant du montant des avenants.

#### *Son remplacement*

L'article 102 du Code des marchés publics indique que la retenue de garantie peut être remplacée :

- au gré du titulaire **par une garantie à première demande** ;
- ou, si le pouvoir adjudicateur ne s'y oppose pas, **par une caution personnelle et solidaire**.

**L'entreprise a donc toujours le choix entre retenue de garantie et garantie à première demande** et n'aura une troisième option que si le pouvoir adjudicateur ne s'oppose pas à la caution. Il suffira, pour ce faire, que le maître d'ouvrage n'ait pas interdit le recours à la garantie à première demande dans le CCAP. Le maître d'ouvrage ne peut jamais obliger l'entreprise à fournir une garantie à première demande.

**Le montant** de la garantie à première demande ou de la caution personnelle et solidaire ne peut être supérieur à celui de la retenue de garantie qu'elles remplacent.

**Leur objet** est identique à celui de la retenue de garantie qu'elles remplacent.

Le titulaire a la possibilité, **pendant toute la durée du marché**, de substituer une garantie à première demande ou, si le pouvoir adjudicateur ne s'y oppose pas, une caution personnelle et solidaire à la retenue de garantie.

Toutefois, cette garantie à première demande, ou cette caution personnelle et solidaire, est constituée pour le montant total du marché, y compris les avenants. Les montants prélevés au titre de la retenue de garantie sont reversés au titulaire après constitution de la garantie de substitution.

#### *Son objet*

L'article 101 du Code des marchés publics précise que la retenue de garantie a pour seul objet de **couvrir les réserves à la réception des travaux**, fournitures ou services, **ainsi que celles formulées, le cas échéant, pendant le délai de garantie**.

**Le Code précise que le délai de garantie** est le délai, qui peut être prévu par le marché, pendant lequel le pouvoir adjudicateur peut formuler des réserves sur des malfaçons qui n'étaient pas apparentes ou dont les conséquences n'étaient pas identifiables au moment de la réception. C'est le délai de parfait achèvement.

Ainsi, la seule fonction de la retenue de garantie est de permettre de remédier aux malfaçons ayant fait l'objet de réserves à la réception des travaux, fournitures ou services ainsi que celles formulées pendant le délai de garantie et que l'entrepreneur n'aurait pas levées dans les délais.

La retenue de garantie ne peut être utilisée à d'autres fins.

**Si l'entrepreneur n'a pas**, contrairement aux stipulations du marché, **contracté d'assurance** garantissant notamment sa responsabilité décennale, la violation de ces stipulations ne saurait

être regardée comme un manquement aux obligations que l'entrepreneur doit remplir pour obtenir la restitution de la retenue de garantie. Le **maître d'ouvrage ne pourra refuser de rembourser la retenue de garantie** (CE, 2 juin 1989, Ville de Boissy-Saint-Léger c/ SNCI).

**L'acheteur public ne peut pas utiliser la retenue de garantie pour couvrir les pénalités de retard**.

En l'espèce, le mandataire liquidateur d'une société a contesté le décompte général : le maître d'ouvrage avait, en effet, conservé une partie de la retenue de garantie au titre de l'application des pénalités de retard. La cour administrative d'appel de Nancy a rappelé les dispositions du Code des marchés publics qui prévoient que « *la retenue de garantie a pour seul objet de couvrir les réserves à la réception des travaux, fournitures ou services ainsi que celles formulées pendant le délai de garantie* ». Elle en a déduit que le Centre de gestion de la fonction publique territoriale de Meurthe-et-Moselle avait conservé une partie de la retenue de garantie « à *un autre titre que la couverture de réserves émises à la réception des travaux, fournitures ou services ou formulées pendant le délai de garantie* » et que le titulaire était, par conséquent, en droit de demander le remboursement du solde de la retenue de garantie (CAA de Nancy, 31 mai 2010, Centre de gestion de Meurthe-et-Moselle).

**L'objet de la retenue de garantie est de couvrir les réserves, encore faut-il que le maître d'ouvrage puisse invoquer une créance certaine et exigible**. Le Conseil d'État rappelle tout d'abord que « *la caution personnelle et solidaire n'a pas pour objet de couvrir l'ensemble des dettes contractuelles, mais seulement les réserves à la réception des travaux ainsi que celles formulées, le cas échéant, pendant le délai de garantie de parfait achèvement* ». Puis, il indique que le centre hospitalier « *ne pouvait pas inclure* […]*, dans le montant réclamé au titre de la caution, les pénalités de retard dont la société Dioguardi lui serait recevable* ». En revanche, le maître d'ouvrage peut exiger de la caution qu'elle prenne en charge, dans la limite de son engagement, le coût des travaux qu'il a été contraint d'exposer pour couvrir les réserves formulées à la réception des travaux et pendant le délai de garantie, et non levées par la société Dioguardi « *dans la mesure où il peut invoquer à l'égard de l'entreprise titulaire une créance certaine et exigible* ». Tel n'était pas le cas en l'espèce, les factures et bons de commande produits par le maître d'ouvrage ne permettant pas d'établir qu'il s'agissait de travaux ayant pour objet la levée des réserves du marché litigieux (CAA Paris, 15 juin 2010, Centre hospitalier Sainte-Anne).

#### *Son remboursement*

Le décret du 29 mars 2013 précise que lorsque le contrat prévoit une retenue de garantie, celle-ci est remboursée dans un délai de trente jours à compter de la date d'expiration du délai de garantie. Toutefois, si des réserves ont été notifiées au créancier pendant le délai de garantie et si elles n'ont pas été levées avant l'expiration de ce délai, la retenue de garantie est remboursée dans un délai de trente jours après la date de leur levée.

La libération tardive de la retenue de garantie en l'absence de malfaçons est sanctionnée par le versement d'intérêts moratoires.

**L'absence de remboursement de la retenue de garantie est régulière, dès lors que** le pouvoir adjudicateur avait émis des réserves lors de la réception des travaux et qu'il avait été contraint, après mise en demeure infructueuse du titulaire du marché, de recourir à une entreprise tierce pour un montant supérieur à la somme consignée (CAA Bordeaux, 2 décembre 2004, Montagut).

Cependant, **le maître d'ouvrage ne peut se prévaloir de désordres mineurs pour** refuser de réceptionner les travaux et **ne pas restituer la retenue de garantie**. Dans ce cas, la personne publique versera à l'entrepreneur le montant de la retenue de garantie diminué le cas échéant du coût de la réparation (CE, 27 mai 1983, Commune de La Queue-en-Brie).

En revanche, la restitution par le maître d'ouvrage de la retenue de garantie et son remplacement par un cautionnement ne sont pas de nature à établir l'exécution par l'entreprise des travaux contractuellement dus, ni la levée des réserves formulées lors de la réception des travaux. Une telle restitution ne peut pas constituer une réception des travaux (CAA Marseille, 6 octobre 2008, Société Perez).

Lorsque la retenue de garantie est prévue dans le marché, elle est nécessairement liée à un délai qui est, en matière de travaux, celui de la garantie de parfait achèvement. Selon l'article 44-1 du CCAG Travaux 2009, ce délai est, sauf prolongation décidée comme il est précisé à l'article 44.2, d'un an à compter de la date d'effet de la réception des travaux.

**La responsabilité contractuelle de l'entreprise** pendant la période de parfait achèvement se poursuit, au-delà de l'expiration du délai, pour les réserves émises lors de la réception qui n'ont pas été levées expressément. En d'autres termes, la simple arrivée du terme (un an après la réception) ne lève pas automatiquement les réserves. Le but du Conseil d'État est d'exclure toute possibilité d'une levée tacite des réserves par le simple fait de l'expiration du délai de garantie (CE, 26 janvier 2007, Société Mas).

**Pas de remboursement de la retenue de garantie** du fait de la simple expiration du délai de garantie sans levée expresse des réserves. La cour administrative d'appel de Bordeaux étend la jurisprudence issue de l'arrêt « Société MAS » et **exclut tout remboursement de la retenue de garantie aussi longtemps qu'il n'a pas été procédé à une levée expresse des réserves** : « *qu'ainsi les relations contractuelles entre le responsable du marché et l'entrepreneur se poursuivent non seulement pendant le délai de garantie, mais encore jusqu'à ce qu'aient été expressément levées les réserves exprimées lors de la réception ; que, par suite,* ***la société Gatineau n'est pas fondée à soutenir que, faute de décision expresse du maître d'ouvrage prolongeant le délai de garantie, les réserves*** […] *exprimées lors de la réception des travaux de construction* […] ***doivent être regardées comme ayant été levées par la communauté de communes*** (CAA Bordeaux, 5 février 2009, Société Gatineau).

**La survenance de la liquidation judiciaire ne peut avoir pour effet de rendre exigible la retenue de garantie avant l'expiration du délai d'un an**. « *Aucune disposition du Code de commerce relative à la liquidation judiciaire, ni aucune disposition du CMP ne prévoit le remboursement anticipé de la retenue de garantie en cas de liquidation judiciaire. Dès lors, en l'absence de jurisprudence contraire, l'article 103 du CMP s'applique : la retenue de garantie ne peut être remboursée par la collectivité locale au liquidateur judiciaire avant l'expiration du délai d'un an* » (Ministère de l'Économie et des Finances à la question écrite n° 06587 de monsieur le sénateur Jean-Louis Masson (Moselle - NI), publiée dans le *JO Sénat* du 10/10/2013, p. 2974).

**Le maître d'ouvrage est tenu de restituer les sommes non utilisées pour la reprise des réserves**. La cour administrative d'appel de Douai rappelle que « *la retenue de garantie applicable aux marchés de travaux a pour but de garantir contractuellement l'exécution des travaux, pour satisfaire, le cas échéant, aux réserves faites à la réception par le maître de l'ouvrage* ». Elle précise « *qu'en cas de carence de l'entreprise titulaire du marché, le maître d'ouvrage est en droit de prélever sur le montant des retenues de garantie pratiquées le coût des travaux effectués pour remédier aux malfaçons constatées lors de la réception des travaux* ». Elle juge « *qu'il appartenait*

*alors seulement au maître d'ouvrage de prélever sur le montant de la retenue de garantie le montant des sommes correspondant au coût des travaux nécessaires à l'achèvement de l'ouvrage* ». Dès lors, le maître de l'ouvrage est tenu de restituer au titulaire les sommes de la retenue de garantie non utilisées. La cour ordonne la restitution de 300 000 euros au titulaire (CAA Douai, 12 juin 2014, Société Bernard Construction).

### 1.1.2. La caution personnelle et solidaire en remplacement de la retenue de garantie

#### *Définition et nature juridique de la caution*

**La caution personnelle** et solidaire est une garantie contractée par l'entreprise auprès d'un établissement agréé (banque, assurance, mutuelle, caisse de caution, etc.). La caution s'engage à rembourser les sommes réclamées par le pouvoir adjudicateur à l'entreprise dans la limite du plafond déterminé par le marché et, en tout état de cause, à hauteur de 5 % maximum. La caution est libérée dans le délai d'un mois qui suit l'expiration du délai de garantie contractuelle, sauf si le titulaire n'a pas rempli ses obligations. Elle peut opposer toutes les exceptions que pourrait opposer l'entreprise.

**Si le pouvoir adjudicateur ne s'y oppose pas**. Aux termes de l'article 102 du Code des marchés publics, la retenue de garantie peut être remplacée, si le pouvoir adjudicateur ne s'y oppose pas, par une caution personnelle et solidaire. Dans le cas contraire, l'entrepreneur n'aura le choix qu'entre retenue de garantie et garantie à première demande.

**La caution peut opposer toutes les exceptions que pourrait opposer l'entreprise** : en effet, l'article 2313 du Code civil dispose que la caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal et qui sont inhérentes à la dette. Une caution, même solidaire, ne peut donc payer sans justification.

**Paiement à 100 %**. Contrairement à l'hypothèse où l'entreprise a opté pour la retenue de garantie et est payée à 95 % de ses travaux, lorsque l'entreprise a remplacé sa retenue de garantie par une caution ou par une garantie à première demande, elle doit être payée à 100 % du montant de ses travaux correctement exécutés dans les délais contractuels.

**Le contrat de cautionnement** par lequel la caution s'engage envers le créancier à garantir l'exécution d'un contrat administratif **est lui-même administratif** (CE, 2 février 1972, OPHLM du Calvados et Caisse franco-néerlandaise de cautionnement). La caution solidaire est un accessoire du marché qu'elle garantit. La caution personnelle et solidaire constitue une garantie indépendante de la situation du titulaire du marché et de son éventuel placement en redressement judiciaire. Mais, à l'inverse de la garantie à première demande, elle présente un caractère accessoire à l'obligation principale née du marché. Le juge administratif est donc compétent pour connaître du litige relatif à une caution personnelle et solidaire (CE, 10 juillet 2013, Banque calédonienne d'investissement).

#### *Forme de l'engagement de la caution*

**L'objet** (réserves à la réception et réserves pendant la période de parfait achèvement non levées dans les délais) et le **montant** (5 %) de la caution sont **identiques à ceux de la retenue de garantie**.

**Le montant de la caution** ne peut donc être supérieur à celui de la retenue de garantie que la caution remplace, c'est-à-dire qu'il ne peut excéder 5 % du montant initial du marché

augmenté, le cas échéant, du montant des avenants, toutes taxes comprises, avant application des clauses de prise en compte des variations des conditions économiques.

**L'objet de la caution** est limité aux sommes dont l'entrepreneur est débiteur auprès de la personne publique pour couvrir les réserves à la réception des travaux, ainsi que celles formulées pendant le délai de garantie du marché.

L'engagement de la caution doit, en application de l'article 102 du Code des marchés publics, être établi selon un **modèle** (obligatoire) fixé par arrêté du ministre chargé de l'Économie et des Finances. Il s'agit de l'arrêté du 3 janvier 2005 modifié par l'arrêté du 28 août 2006 pris en application de l'article 102 du Code des marchés publics. En pratique, un imprimé « **NOTI 8** » est utilisé.

**L'organisme apportant sa garantie** est choisi parmi les tiers agréés par le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement mentionné à l'article L. 612-1 du Code monétaire et financier ou par le Comité des entreprises d'assurance mentionné à l'article L. 413-1 du Code des assurances. Lorsque cet organisme est étranger, il est choisi parmi les tiers agréés dans son pays d'origine. Le pouvoir adjudicateur peut récuser l'organisme qui doit apporter sa garantie.

**Lorsque le titulaire est un groupement conjoint**, chaque membre du groupement fournit une garantie correspondant aux prestations qui lui sont confiées. Si le mandataire du groupement conjoint est solidaire de chacun des membres du groupement, la garantie **peut** être fournie par le mandataire pour la totalité du marché.

**Lorsque le titulaire du marché est un groupement solidaire**, la garantie **est** fournie par le mandataire pour le montant total du marché, avenants compris.

#### *Délai imparti au titulaire pour constituer la caution*

Sous l'empire des codes des marchés publics de 1992, 2001 et 2004, les cautions devaient être constituées en totalité et au plus tard à la date à laquelle le titulaire remettait la demande de paiement correspondant au premier acompte. À défaut de constitution de la caution dans ce délai, le titulaire du marché perdait jusqu'à la fin du marché, c'est-à-dire jusqu'à la fin du délai de garantie, la possibilité de substituer une caution à la retenue de garantie.

Le Code des marchés publics 2006 supprime cette obligation, puisque l'article 102, dernier alinéa, indique que le titulaire a la possibilité, **pendant toute la durée du marché**, de substituer, si le pouvoir adjudicateur ne s'y oppose pas, une caution personnelle et solidaire à la retenue de garantie. Toutefois, cette caution personnelle et solidaire est constituée pour le montant total du marché, y compris les avenants. Les montants prélevés au titre de la retenue de garantie sont reversés au titulaire après constitution de la garantie de substitution.

#### *Libération de la caution*

L'article 103 prévoit que les établissements ayant accordé leur caution sont libérés un mois au plus tard après l'expiration du délai de garantie. Ainsi, en cas d'exécution correcte du marché (réception sans réserves ou réserves levées avant la fin de la garantie de parfait achèvement), la libération de l'établissement bancaire ayant accordé sa caution **intervient un mois au plus tard après l'expiration du délai de garantie**. Il en va de même si les réserves ont été libérées avant l'expiration du délai de garantie. Dans ce cas, il s'agit d'une **mainlevée automatique**.

Toutefois, si des réserves ont été notifiées aux établissements ayant accordé leur caution pendant le délai de garantie **et** si elles n'ont pas été levées avant l'expiration de ce délai, les

établissements sont libérés de leurs engagements **un mois au plus tard après la date de leur levée**. En ce cas, il ne peut être mis fin à l'engagement de la caution que par mainlevée délivrée par le pouvoir adjudicateur ou par la restitution de l'acte de caution **(mainlevée expresse)**.

**Rappel** : pas de levée tacite des réserves par le simple fait de l'expiration du délai de garantie (cf. *supra* « Retenue de garantie » (CE, 26 janvier 2007, Société Mas ; CAA Bordeaux, 5 février 2009, Société Gatineau)).

**Le refus de libérer le montant total de la caution est injustifié si les réserves sont d'un montant inférieur à celui de la caution**. Le refus du maître d'ouvrage de prononcer la réception des travaux fait normalement obstacle à la libération de la caution. Mais le Conseil d'État considère que le refus de libérer la caution est injustifié lorsque le montant des prestations à accomplir représente une valeur marginale par rapport au montant du marché. Le Conseil d'État a ainsi admis que la caution aurait dû être libérée, au moins en grande partie, le peu d'importance des malfaçons constatées n'étant pas de nature à empêcher la réception définitive de l'ouvrage (CE, 21 octobre 1974, OPHLM de Pantin et Compagnie générale industrielle de travaux de construction).

De même, à propos d'une affaire dans laquelle l'entreprise n'était plus redevable envers le maître d'ouvrage que de 8 198 F, le Conseil d'État a jugé que, compte tenu du peu d'importance de cette somme et des travaux correspondants, l'office aurait dû libérer la caution pour le surplus, et il a condamné le maître d'ouvrage à rembourser à l'entreprise une partie des frais de cautionnement (CE, 12 octobre 1988, OPHLM de la communauté urbaine de Bordeaux).

### 1.1.3. La garantie à première demande

#### *Caractéristiques de la garantie à première demande*

**La garantie à première demande** est une garantie qui, souscrite par un donneur d'ordre (le titulaire du marché) au profit d'un bénéficiaire (le pouvoir adjudicateur), doit être exécutée par le garant (établissement bancaire), dès lors que le bénéficiaire décide de l'appeler.

**C'est une garantie autonome** par rapport à la créance qu'elle a pour objet de garantir. Inconnue du Code civil, la garantie à première demande s'est développée dans le cadre du commerce international. À la différence d'une caution solidaire, une garantie à première demande doit s'exécuter sans que le maître d'ouvrage qui en bénéficie ait à démontrer préalablement la défaillance de l'entreprise dans l'une de ses obligations contractuelles : elle joue automatiquement sans que l'organisme de garantie puisse opposer au pouvoir adjudicateur des circonstances tendant à diminuer la dette garantie.

**Le garant du marché ne peut opposer aucune exception tirée du contrat** de base pour s'exonérer de son obligation de paiement, sauf cas de fraude ou d'abus manifeste. Le garant doit payer dès qu'il en est requis et sans pouvoir se prévaloir des exceptions que le débiteur principal pourrait éventuellement soulever.

Le titulaire peut remplacer la retenue de garantie par une garantie à première demande sans l'accord du pouvoir adjudicateur. La garantie à première demande peut être utilisée au gré du titulaire comme substitution à la retenue de garantie (CMP, art. 102). Le maître d'ouvrage ne peut s'y opposer.

**L'objet** (réserves à la réception et réserves pendant la période de parfait achèvement non levées dans les délais) et le **montant** (5 %) de la garantie à première demande **sont identiques** à ceux de la retenue de garantie qu'elle remplace.

***Forme de l'engagement à première demande***

L'engagement de la garantie à première demande, en application de l'article 102 du Code des marchés publics, est établi **selon un modèle** (obligatoire) fixé par l'arrêté du ministre de l'Économie et des Finances. Il s'agit de l'arrêté du 3 janvier 2005 modifié par arrêté du 28 août 2006 pris en application de l'article 102 du Code des marchés publics. En pratique, un imprimé « **NOTI 7** » est utilisé.

L'établissement financier s'engage à payer à première demande, dans la limite du montant garanti, les sommes que la personne publique pourrait demander pour couvrir les réserves à la réception des travaux, fournitures ou services ainsi que celles formulées pendant le délai de garantie du marché.

**L'organisme apportant sa garantie** est choisi parmi les tiers agréés par le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, mentionné à l'article L. 612-1 du Code monétaire et financier ou par le Comité des entreprises d'assurance mentionné à l'article L. 413-1 du Code des assurances. Lorsque cet organisme est étranger, il est choisi parmi les tiers agréés dans son pays d'origine. Le pouvoir adjudicateur peut récuser l'organisme qui doit apporter sa garantie.

**Lorsque le titulaire du marché est un groupement solidaire**, la garantie est fournie par le mandataire pour le montant total du marché, avenants compris.

**Lorsque le titulaire est un groupement conjoint**, chaque membre du groupement fournit une garantie correspondant aux prestations qui lui sont confiées. Si le mandataire du groupement conjoint est solidaire de chacun des membres du groupement, la garantie peut être fournie par le mandataire pour la totalité du marché.

Dans l'hypothèse où la garantie ou la caution ne serait pas constituée ou complétée au plus tard à la date à laquelle le titulaire remet la demande de paiement correspondant au premier acompte, la fraction de la retenue de garantie correspondant à l'acompte est prélevée.

***Délai imparti au titulaire pour constituer la garantie à première demande***

L'article 102, dernier alinéa du Code des marchés publics indique que le titulaire a la possibilité, **pendant toute la durée du marché**, de substituer une garantie à première demande à la retenue de garantie (le pouvoir adjudicateur ne peut pas s'y opposer). Toutefois, cette garantie à première demande doit être constituée pour le montant total du marché, y compris les avenants. Les montants prélevés au titre de la retenue de garantie sont reversés au titulaire après constitution de la garantie de substitution. Le pouvoir adjudicateur ne peut donc pas exiger que le remplacement de la retenue de garantie par une garantie à première demande se fasse au plus tard lors de la demande de paiement du premier acompte.

***Libération de la garantie à première demande***

L'article 103 prévoit que les établissements ayant accordé leur garantie à première demande sont libérés un mois au plus tard après l'expiration du délai de garantie.

Ainsi, comme pour la caution, en cas d'exécution correcte du marché, la libération de l'établissement bancaire ayant accordé sa garantie intervient dans le mois qui suit l'expiration du délai de garantie. C'est une mainlevée automatique.

Toutefois, si des réserves ont été notifiées au titulaire du marché ou aux établissements ayant accordé leur garantie à première demande pendant le délai de garantie **et** si elles n'ont pas été

levées avant l'expiration de ce délai, les établissements sont libérés de leurs engagements un mois au plus tard après la date de leur levée.

Ainsi, lorsque des réserves sont notifiées, le pouvoir adjudicateur peut faire obstacle à la libération des établissements ayant accordé leur garantie, et ce, avant l'expiration du délai de garantie.

En ce cas, il ne peut être mis fin à l'engagement de la garantie à première demande que par **mainlevée expresse** délivrée par le pouvoir adjudicateur.

*Rappel*

Pas de levée tacite des réserves par le simple fait de l'expiration du délai de garantie (cf. *supra* « Retenue de garantie », point 1.1.1. du présent chapitre) (CE, 26 janvier 2007, Société Mas ; CAA Bordeaux, 5 février 2009, Société Gatineau).

### 1.1.4. En résumé

La retenue de garantie doit être prévue au contrat.

Elle est de 5 % maximum.

Elle a pour seul objet de couvrir les réserves faites à la réception, ainsi que celles formulées pendant le délai de garantie.

Elle peut être remplacée (modèles obligatoires) :

- au gré du titulaire par une garantie à première demande (NOTI 7) ;
- si le pouvoir adjudicateur ne s'y oppose pas, par une caution personnelle et solidaire (NOTI 8) ;
- et ce, **pendant toute la durée du marché**.

Mainlevée automatique dans le mois qui suit l'expiration de la période de parfait achèvement (réception + un an + un mois), sauf notification de réserves pendant cette année et non levées pendant la garantie de parfait achèvement.

Si le remboursement est effectué avec retard, des intérêts moratoires sont à verser à l'entrepreneur.

## 1.2. Les autres garanties

### 1.2.1. En contrepartie d'une avance (CMP, art. 87 et suiv.)

**L'article 87 du Code des marchés publics** précise qu'une avance forfaitaire est accordée au titulaire d'un marché lorsque le montant initial du marché ou de la tranche affermie est supérieur à 50 000 € HT et dans la mesure où le délai d'exécution est supérieur à deux mois. Cette avance n'est due au titulaire du marché que sur la part du marché qui ne fait pas l'objet de sous-traitance.

**L'article 89 du Code des marchés publics** dispose que, lorsque le montant de l'avance est inférieur ou égal à 30 % du montant du marché, **les collectivités territoriales peuvent** conditionner son versement à la constitution d'une garantie à première demande portant sur tout ou partie du remboursement de l'avance. Les deux parties peuvent s'accorder pour substituer à cette garantie une caution personnelle et solidaire. Cette disposition n'est pas applicable aux organismes publics titulaires d'un marché.

**L'article 90 du Code des marchés publics** indique que, lorsque le montant de l'avance est supérieur à 30 % du montant du marché, le titulaire du marché ne peut recevoir cette avance qu'après avoir constitué une garantie à première demande. La constitution de cette garantie n'est toutefois pas exigée des organismes publics titulaires d'un marché.

### 1.2.2. Pour l'exécution d'un engagement particulier

**L'article 105** du Code indique que « *les cahiers des charges déterminent, s'il y a lieu, les autres garanties qui peuvent être demandées aux titulaires de marchés pour l'exécution d'un engagement particulier* ».

Cet article vise notamment, en matière de marchés de prestations intellectuelles, les garanties contre les revendications concernant les droits de propriété littéraire, artistique ou industrielle.

Par ailleurs, le CCAG Travaux mentionne différents cas où le titulaire doit prendre en charge, en tout ou partie, les conséquences des dégradations causées aux voies publiques et, de façon plus générale, les dommages divers causés par la conduite des travaux ou les modalités de leur exécution.

### 1.2.3. En cas de résiliation d'un marché

**L'article 104** prévoit qu'en cas de résiliation d'un marché qui n'a pas prévu de retenue de garantie, lorsqu'un délai est accordé au titulaire dans les conditions prévues à l'article 95 pour reverser au pouvoir adjudicateur 80 % du montant de l'éventuel solde créditeur apparu au profit de celui-ci, le titulaire fournit une garantie à première demande ou, si le pouvoir adjudicateur ne s'y oppose pas, une caution personnelle et solidaire.

Ainsi, si la liquidation provisoire d'un marché, après résiliation totale ou partielle, fait apparaître un solde créditeur au profit de l'Administration, celle-ci peut, sans attendre la liquidation définitive, exiger du titulaire du marché le reversement de 80 % du montant de ce solde ; toutefois, un délai peut être accordé au titulaire pour s'acquitter de sa dette, sous réserve que celui-ci fournisse une garantie à première demande ou, si les deux parties en sont d'accord, une caution personnelle et solidaire.

# 2. Les garanties que le maître d'ouvrage peut exiger de l'entrepreneur dans les marchés privés (loi du 16 juillet 1971)

## 2.1. La retenue de garantie ou son remplacement par une caution

### 2.1.1. Champ d'application et substitution

**La loi n° 71-584 du 16 juillet 1971** réglemente les retenues de garantie en matière de marchés privés. Elle est d'ordre public et s'applique aussi aux contrats de sous-traitance.

**Article 1**

***Les paiements des acomptes** sur la valeur définitive des marchés de travaux privés visés à l'article 1779-3° du Code civil **peuvent être amputés d'une retenue égale au plus à 5** % de leur montant et garantissant contractuellement l'exécution des travaux, **pour satisfaire**, le cas échéant, **aux réserves faites à la réception par le maître de l'ouvrage**.*
***Le maître de l'ouvrage doit consigner entre les mains d'un consignataire**, accepté par les deux parties ou à défaut désigné par le président du tribunal de grande instance ou du tribunal de commerce, une somme égale à la retenue effectuée. Dans le cas où les sommes ayant fait l'objet de la retenue de garantie dépassent la consignation visée à l'alinéa précédent, le maître de l'ouvrage devra compléter celle-ci jusqu'au montant des sommes ainsi retenues.*
*Toutefois, la retenue de garantie stipulée contractuellement n'est **pas pratiquée si l'entrepreneur fournit pour un montant égal une caution personnelle et solidaire** émanant d'un établissement financier figurant sur une liste fixée par décret.*

**Article 2**

*À **l'expiration du délai d'une année** à compter de la date de réception, faite avec ou sans réserve, des travaux visés à l'article précédent, **la caution est libérée** ou les **sommes consignées sont versées à l'entrepreneur**, même en l'absence de mainlevée, **si le maître de l'ouvrage n'a pas notifié** à la caution ou au consignataire**, par lettre recommandée, son opposition motivée** par l'inexécution des obligations de l'entrepreneur. L'opposition abusive entraîne la condamnation de l'opposant à des dommages-intérêts.*

**Article 3**

***Sont nuls et de nul effet,** quelle qu'en soit la forme, les clauses, stipulations et arrangements qui auraient pour effet de faire échec aux dispositions des articles 1er et 2 de la présente loi.*

**Article 4**

*La présente loi est applicable aux **conventions de sous-traitance**.*

**La loi concerne tous les marchés privés** : les marchés privés « libres » (maîtres d'ouvrage privés occasionnels ou institutionnels, SCI, etc.), réglementés (organismes privés d'HLM, organismes de sécurité sociale, sociétés d'économie mixte [SEM]), mais aussi les marchés passés entre une entreprise principale et son sous-traitant.

**Une garantie conventionnelle dont le régime juridique est déterminé par la loi.** L'article premier de la loi indique que « *les paiements des acomptes* […] ***peuvent** être amputés d'une retenue égale au plus à 5 % de leur montant* ». Il s'agit donc bien d'une possibilité qui doit être prévue dans le marché et non d'une obligation.

En revanche, lorsque le marché privé prévoit une retenue de garantie, la loi du 16 juillet 1971 s'applique de plein droit. La sanction de toute violation de ses dispositions est la nullité de l'acte de caution.

En l'absence de preuve d'une retenue de garantie contractuellement prévue, le solde du marché est dû à la réception des travaux.

**Si la retenue de garantie n'est pas prévue par le contrat, le maître d'ouvrage ne peut s'en prévaloir**. La retenue de garantie, ou la caution qui la remplace, n'est jamais une obligation. Les parties peuvent convenir qu'il n'y en aura pas. La volonté des parties fait la loi du contrat (Cass. 3e civ., 7 octobre 2009).

À défaut de retenue de garantie dans le contrat, injonction de payer le solde dès la réception des travaux. La Cour de cassation rappelle que l'article 1er de la loi du 16 juillet 1971 permet au maître d'ouvrage privé d'imposer, à son cocontractant dans le marché de travaux, une retenue de garantie qui ne peut excéder 5 % de la valeur définitive du marché. En l'espèce, la retenue de garantie n'était pas contractuellement prévue. En conséquence, l'injonction de payer le solde du marché peut être délivrée moins d'un an après la réception des travaux. (Cass. 3e civ., 7 octobre 2009, Hôtel du Pharo c/ société Algarex).

*À noter*

La norme Afnor (édition 2000), dans son article 20.5, stipule : « *Les paiements d'acomptes sont amputés d'une retenue de garantie. Le montant de cette retenue de garantie est égal à 5 %, à moins que le cahier des clauses administratives particulières n'en dispose autrement. Cette retenue de garantie est soumise aux dispositions réglementaires en vigueur.* »

Ainsi, lorsqu'un marché fait référence à la norme Afnor et qu'il n'a pas dérogé à l'article 20.5, ses acomptes sont amputés de 5 % et la loi du 16 juillet 1971 s'applique.

### *Qui décide de la substitution de la retenue de garantie par une caution personnelle et solidaire ?*

**L'initiative appartient à l'entrepreneur** : « *Toutefois, la retenue de garantie stipulée contractuellement n'est pas pratiquée* ***si l'entrepreneur fournit*** *pour un montant égal une caution personnelle et solidaire émanant d'un établissement financier…* » (art. 1er, dernier alinéa).

Une clause du marché qui empêcherait l'entrepreneur de choisir soit la retenue soit la caution tomberait sous le coup de l'article 3 de la loi qui mentionne que sont nuls et de nul effet les clauses, stipulations et arrangements qui ont pour effet de faire échec aux dispositions de ladite loi. Il en serait de même de l'obligation de fournir une caution « à première demande » ou une garantie à première demande remplaçant une retenue de garantie dans un marché privé.

### *À quel moment l'entreprise peut-elle fournir une caution ?*

La loi n'apporte aucune restriction ni réserve à la faculté qu'elle accorde formellement à l'entrepreneur de remplacer la retenue de garantie par une caution personnelle et solidaire.

**Toutefois, le maître d'ouvrage doit consigner** le montant de la retenue de garantie entre les mains d'un consignataire accepté par les deux parties (art. 1er, deuxième alinéa). En pratique, cette obligation n'est que très rarement remplie. En conséquence, l'entrepreneur peut, par décision unilatérale de sa part, présenter une caution au maître d'ouvrage, soit :

- dès la conclusion du marché ;
- à tout moment avant ou pendant l'exécution de ses travaux ;
- au moment de la réception des travaux.

Il existe néanmoins une restriction à cette faculté qui est apportée par la jurisprudence : « *La caution doit être fournie avant que la retenue de garantie qu'elle tend à éviter ne soit pratiquée. Mais il ne suffit pas, pour que cette caution soit tardive et privée d'effet, que le prélèvement autorisé ait été opéré antérieurement ;* ***il faut que l'ensemble des opérations qui sont inséparables (prélèvement et consignation) ait été accompli****. Sinon, le maître de l'ouvrage pourrait conserver par-devers lui, et à son profit, des sommes destinées à revenir à l'entrepreneur, tout en refusant à celui-ci à la fois le paiement immédiat malgré la garantie fournie et la possibilité d'être lui-même*

*garanti de leur paiement ultérieur. Ce serait contraire à l'objet et à l'efficacité de l'institution* » (CA Paris, 16 mars 1977, SCI Les Cerisiers c/ société Les Maçons parisiens SA).

Comme, en pratique, la consignation est très rarement, voire jamais, pratiquée, on peut en conclure que **l'entrepreneur peut, à tout moment, remplacer la retenue de garantie par une caution**.

**Obligation de consigner la retenue de garantie**

***Le maître de l'ouvrage doit consigner entre les mains d'un consignataire****, accepté par les deux parties ou à défaut désigné par le président du tribunal de grande instance ou du tribunal de commerce, une somme égale à la retenue effectuée. Dans le cas où les sommes ayant fait l'objet de la retenue de garantie dépassent la consignation visée à l'alinéa précédent, le maître de l'ouvrage devra compléter celle-ci jusqu'au montant des sommes ainsi retenues* (art. 1er de la loi n° 71-584 du 16 juillet 1971).

**La non-consignation des retenues de garantie des sous-traitants et la non-restitution de ces sommes un an après la réception sont constitutives d'un abus de confiance**. Le maître d'ouvrage doit consigner le montant de la retenue de garantie entre les mains d'un consignataire accepté par les deux parties. L'article 1er, alinéa 2 de la loi du 16 juillet 1971 indique que « *le maître de l'ouvrage doit consigner entre les mains d'un consignataire accepté par les deux parties ou, à défaut, désigné par le président du tribunal de grande instance ou du tribunal de commerce, une somme égale à la retenue effectuée* ». En pratique, cette obligation est rarement remplie. Toutefois, la Cour de cassation, par une décision de la chambre criminelle, a rappelé l'importance de la consignation de la retenue de garantie. Elle a, en effet, confirmé un arrêt du 15 janvier 2008 de la cour d'appel d'Angers qui a considéré que **la non-consignation des retenues de garantie des sous-traitants et la non-restitution de ces sommes un an après la réception** étaient **constitutives d'un abus de confiance** de la part des dirigeants de l'entreprise principale (Cass. crim., 24 février 2010, Sté Sonkad).

**En l'absence de consignation, même en l'absence de levée des réserves, remboursement de la retenue de garantie à l'expiration du délai de parfait achèvement**. Les dispositions de la loi du 16 juillet 1971, qui imposent le cautionnement de la retenue de garantie ou sa consignation entre les mains d'un consignataire choisi par les parties ou, à défaut, désigné par le président du tribunal (de commerce ou de grande instance), sont d'ordre public. La Cour de cassation le rappelle, et précise que si le maître d'ouvrage ne consigne pas la retenue de garantie, et s'il y a des réserves à la réception non levées par l'entrepreneur à la fin de la garantie de parfait achèvement, l'entrepreneur doit malgré tout récupérer sa retenue de garantie (même s'il ne lève pas les réserves). En d'autres termes, lorsque le maître d'ouvrage ne remplit pas son obligation de consigner, l'entrepreneur n'a pas besoin de lever les réserves : un an plus tard (à l'expiration de la période de parfait achèvement), il récupérera quand même le montant de sa retenue de garantie : *« Attendu qu'ayant constaté que la SCI n'avait pas respecté les dispositions d'ordre public de la loi du 16 juillet 1971 qui imposent le cautionnement ou la consignation de toute retenue de garantie, la cour d'appel* […] *en a déduit à bon droit que, nonobstant l'absence de levée des réserves, l'entreprise était fondée à obtenir le paiement de la somme retenue »* (Cass. 3e civ., 18 décembre 2013, n° 12-29.472, SCI Terrasses de Bourran c/ société Bonnefous).

### 2.1.2. Montant et objet de la retenue de garantie ou de la caution qui la remplace

#### *Le montant*

L'article 1er de la loi prévoit que les paiements des acomptes peuvent être amputés d'une retenue égale **au plus à 5 % de leur montant TTC**.

**Une clause du marché prévoyant un montant de retenue supérieur à 5 % serait nulle et non avenue. En revanche**, la jurisprudence autorise un maître d'ouvrage à pratiquer une retenue de 10 % lorsque le préjudice causé par la mauvaise exécution trouve sa juste contrepartie dans l'allocation de cette retenue (Cass. 3e civ., 21 juillet 1999, Société Sulzer chauffage c/ société Unité hermétique). Alors que la loi lui permet de retenir, sans avoir à en justifier, 5 % du montant du marché et ce jusqu'à expiration de la garantie de parfait achèvement, le maître d'ouvrage peut se prévaloir du **principe de l'exception d'inexécution** et retenir une somme proportionnée au préjudice qu'il subit du fait de l'inexécution ou de la mauvaise exécution de la prestation de l'entrepreneur (CA Aix-en-Provence, 4 décembre 2008, SA BTP Banque c/ SCI Erica).

#### *L'objet*

**Uniquement les réserves à la réception**. L'objet de la retenue de garantie porte uniquement sur les réserves faites à la réception par le maître d'ouvrage. Elle ne concerne pas les réserves de parfait achèvement. L'article 1er de la loi du 16 juillet 1971 prévoit que l'objet de la retenue de garantie (ou de la caution qui la remplace) est uniquement de satisfaire aux réserves faites à la réception par le maître d'ouvrage.

**Pas les pénalités de retard**. La retenue de garantie ne peut être utilisée par le maître d'ouvrage pour l'application de pénalités de retard (CA Rouen, 2 février 1984, Société Peinture Normandie c/ SNCI).

**Pas les frais annexes correspondant à l'intervention d'un bureau de contrôle à l'initiative du maître d'ouvrage**. Ces frais sont exclus du champ d'application de la retenue de garantie (Cass. 3e civ., 22 septembre 2004, Société L'Étoile commerciale).

**Pas les erreurs du maître d'ouvrage**. Un maître d'ouvrage qui a réglé à tort le sous-traitant ne peut pas retenir la retenue de garantie à l'entrepreneur principal (CA Agen, 1re ch. civ., 9 novembre 2005)

**Pas la bonne fin du chantier** (Cass. 3e civ., 7 décembre 2005, Société Imperbeal).

**Pas la mauvaise exécution du contrat**. La Cour de cassation rappelle que *« la retenue de garantie et la caution qui lui est substituée ont pour objet de garantir l'exécution des travaux pour satisfaire, le cas échéant, aux réserves faites à la réception par le maître de l'ouvrage et non pas à tous les chefs de préjudice procédant de ce que l'entrepreneur a mal exécuté le contrat* » (Cass. 3e civ., 26 février 1992, SCI d'HLM La Seimaroise ; Cass. 3e civ., 13 avril 2010, BTP Banque – deux arrêts).

### 2.1.3. Mise en œuvre de la retenue de garantie ou de la caution qui la remplace

L'article 2 de la loi du 16 juillet 1971 dispose qu'« à *l'expiration du délai d'une année à compter de la date de réception, faite avec ou sans réserve, des travaux visés à l'article précédent, la caution est libérée ou les sommes consignées sont versées à l'entrepreneur, même en l'absence de mainlevée, si le maître de l'ouvrage n'a pas notifié à la caution ou au cosignataire, par lettre recommandée,*

***son opposition motivée par l'inexécution des obligations de l'entrepreneur**. L'opposition abusive entraîne la condamnation de l'opposant à des dommages-intérêts ».*

**Nécessité d'une opposition motivée du maître d'ouvrage**. Le maître d'ouvrage doit être diligent. Si les réserves ne sont pas levées à la date d'expiration de l'année de garantie, il perd le bénéfice de la consignation ou de la caution s'il n'a pas pris soin d'exprimer cette opposition.

**C'est au maître d'ouvrage d'apporter la preuve des fautes de l'entrepreneur**. L'obligation imposée au maître d'ouvrage de former opposition, et même de la motiver, montre bien que c'est à lui d'administrer la preuve des fautes de l'entrepreneur.

**Une opposition abusive est passible de dommages et intérêts**. L'opposition abusive du maître d'ouvrage à la restitution de la garantie ou à la libération de la caution « *entraîne la condamnation de l'opposant à des dommages-intérêts »,* selon une réponse ministérielle (Rép. min. n° 50353, *JO ANQ* du 12 octobre 1992, p. 4698).

**La notification à la banque par le maître d'ouvrage se fait par lettre recommandée avec accusé de réception**. La notification par le maître d'ouvrage se fait par lettre recommandée avant l'expiration du délai d'un an à compter de la réception, même dans l'hypothèse où dans cet intervalle, il a agi en référé ou au fond à l'encontre de l'entreprise. Alors que l'on pourrait considérer qu'une assignation a un effet supérieur à l'envoi d'une simple lettre recommandée, la Cour de cassation considère que la délivrance d'une assignation ne répond pas aux conditions de mise en jeu formelles prévues par l'article 2 de la loi du 16 juillet 1971 (Cass. 3e civ., 16 novembre 2010, Société Sogetra c/ Clément).

#### *Pas de clause de paiement à première demande*

La jurisprudence a dû débattre pour savoir si la nature juridique de l'acte de caution revêtait, aux termes de la loi, la forme d'un cautionnement classique ou celle d'une garantie à première demande. L'intérêt de la distinction entre un cautionnement classique et une garantie à première demande réside dans le fait que si, dans les deux cas, le créancier (c'est-à-dire le maître d'ouvrage) a la faculté de s'adresser à la caution en cas de défaillance de l'entrepreneur débiteur, il n'en demeure pas moins que les deux sûretés personnelles ont une portée fondamentalement différente. **La garantie à première demande** doit être considérée comme **autonome et indépendante de l'engagement principal**, ce qui a pour effet d'interdire au garant, solidaire de l'entreprise, d'opposer une quelconque exception résultant de l'obligation principale et a pour conséquence d'étendre sa garantie au-delà de l'exécution défectueuse des travaux contractuellement prévus. **L'acte de cautionnement** est, au contraire, **une sûreté accessoire au contrat principal** d'entreprise et, à ce titre, l'engagement de la caution ne saurait excéder ce qui est dû par le débiteur principal.

**La Cour de cassation** s'est prononcée à ce sujet et a considéré que la garantie donnée par une banque par application de l'article 1er de la loi du 16 juillet 1971 pour l'exécution de l'obligation de l'entrepreneur envers le maître d'ouvrage **ne peut être qu'un cautionnement et non une garantie à première demande** (Cass., Ch. com., 11 décembre 1985, BRED c/ SCI Résidence du Carmel).

L'arrêt de la Cour de cassation du 11 décembre 1985 a confirmé l'arrêt de la cour d'appel de Rouen du 2 février 1984 sur la nature de l'engagement de la caution prévue par la loi du 16 juillet 1971 : *« Attendu qu'ainsi la caution, en garantissant le montant des sommes retenues, s'obligerait à verser au maître de l'ouvrage **à première demande** et sans pouvoir opposer un quel-*

*conque refus, les sommes que celui-ci jugerait bon de réclamer dans la limite de la retenue, ce qui constitue non pas une interprétation extensive de la loi mais* ***une stipulation résolument contraire tendant à faire échec aux règles légales*** *puisque, d'une part, il a été constaté que selon celles-ci et au motif du manquement de l'entrepreneur à son obligation de bonne exécution des travaux, le maître de l'ouvrage ne pourrait que former opposition entre les mains du consignataire ou de la caution et qu'il ne pourrait donc exiger la mise directe à sa disposition des sommes consignées ou cautionnées et que, d'autre part et surtout, le maître de l'ouvrage n'est pas seul juge des sommes pouvant éventuellement lui revenir »…* C'est ainsi que la cour s'est prononcée non seulement pour la nullité du libellé de caution « à première demande » imposée par certains maîtres d'ouvrage, mais a aussi condamné le maître d'ouvrage à réparer le préjudice financier subi par l'entrepreneur du fait de la non-restitution des sommes consignées en garantie.

Cette pratique de versement à première demande de la retenue de garantie a été également sanctionnée par la cour d'appel de Riom à propos de la caution fournie par un sous-traitant à l'entrepreneur principal (CA Riom, 28 novembre 1986).

### 2.1.4. Libération de la caution

L'article 2 de la loi du 16 juillet 1971 dispose qu'« ***à l'expiration du délai d'une année à compter de la date de réception****, faite avec ou sans réserves, des travaux* […] *la caution est libérée* […] *même en l'absence de mainlevée, si le maître de l'ouvrage n'a pas notifié à la caution* […] *son opposition motivée ».*

Il résulte de ces dispositions que si, à l'expiration de l'année qui suit la réception, aucune opposition n'a été notifiée par le maître d'ouvrage à la banque ou au consignataire, l'engagement de la caution prend fin automatiquement, par la seule survenance de la date ainsi déterminée par la loi. Il en est ainsi même si le maître d'ouvrage n'a pas libéré la caution en donnant mainlevée.

Le maître d'ouvrage peut s'opposer à cette mainlevée automatique s'il notifie par lettre recommandée AR, à la caution ou au consignataire, son opposition motivée par l'inexécution des obligations de l'entrepreneur. L'opposition abusive peut être sanctionnée par des dommages et intérêts.

**Le point de départ du délai d'un an, au terme duquel la caution est libérée, est la réception des travaux prononcée par le maître d'ouvrage. Les sommes retenues à titre de garantie doivent être payées un an après la réception faite avec ou sans réserves**. La garantie cesse à l'expiration du délai « d'une année à compter de la réception faite avec ou sans réserves » (article 2 de la loi du 16 juillet 1971). L'arrêt Corebat rappelle que, même si l'entrepreneur ne procède pas aux reprises et qu'il se désintéresse du chantier, la somme retenue doit néanmoins lui être payée, sauf si le maître d'ouvrage fait opposition à son paiement dans le délai d'un an qui suit la réception. « *Ayant retenu qu'en vertu de l'article 2 de la loi du 16 juillet 1971, à l'expiration du délai d'un an à compter de la réception des travaux faite avec ou sans réserve, la caution est libérée ou les sommes consignées sont versées à l'entrepreneur, et relevé que le maître d'ouvrage avait effectué une retenue de 5 % soit une somme de 36 133,56 € qu'il restait devoir à la société CO RE BAT outre la somme de 7 764,58 € sur la situation n° 21, la cour d'appel, qui, n'*étant pas tenue de procéder à une recherche que ses constatations rendaient inopérante*, a pu en déduire qu'il convenait de condamner M. K. à verser à M. Deloret, ès qualités, la somme de 43 898,14 € et a légalement justifié sa décision de ce chef* » (Cass. 3e civ., 18 décembre 2013, n° 13-11.441, X… c/ Corebat).

Lorsqu'un procès-verbal de réception a été établi, la preuve d'une date certaine peut être facilement apportée. Il en est de même si la réception a été prononcée par voie judiciaire.

Mais il en va tout autrement lorsque la réception n'a pas été formalisée par un écrit, l'entreprise éprouvant les plus grandes difficultés à faire libérer la caution. L'exigence systématique d'un procès-verbal n'est pas une condition de validité juridique de la réception, mais simplement un moyen de preuve préconstituée. Selon le régime de la preuve préconstituée, il s'ensuit que l'absence de procès-verbal ne peut pas avoir pour conséquence une remise en cause de la réalité juridique d'une réception ayant date certaine, mais impose simplement à l'entrepreneur de recourir à d'autres moyens de preuve (commencements de preuve par écrit, tels que ceux tendant à démontrer la prise de possession de l'ouvrage, abonnements ou services publics, ou le paiement intégral des travaux par le maître d'ouvrage, attestations de paiement). Une autre solution peut être prévue : l'application de la norme Afnor NF P 03-001 « Cahier des clauses administratives générales applicables aux travaux de bâtiment faisant l'objet de marchés privés » (édition décembre 2000). En effet, ce document n'a pas lié exclusivement la constatation de la réception à l'établissement d'un procès-verbal, mais il a prévu un système qui, en cas d'inertie du maître d'ouvrage, permet à l'entreprise d'obtenir le bénéfice de la réception sans aucun procès-verbal et pourtant avec date certaine (art. 17.2.2.1.3 de la norme précitée).

Le principe de la réception tacite par prise de possession de l'ouvrage par le maître d'ouvrage n'étant pas accepté dans tous les cas par les tribunaux, les banques estiment qu'elles ne peuvent envisager une application systématique de ce principe, même s'il est parfois utilisé pour des raisons commerciales.

En revanche, les banques acceptent parfois de dissocier le problème de la perception de la commission d'engagement de celui de la libération de la caution ; c'est ainsi qu'un produit de caution a été mis au point par la BTP Banque.

Le maître d'ouvrage s'opposant à ce que l'entrepreneur réalise les travaux de reprise nécessaires à la levée des réserves exprimées lors de la réception ne peut conserver à son profit le montant de la retenue de garantie (CA Limoges, 11 septembre 2007).

Le maître d'ouvrage ne peut pas exiger de la part de l'entreprise la délivrance d'une attestation qui n'est pas de son ressort pour libérer la retenue de garantie (CA Paris, 19e ch. A, Société Brunet c/ société Pythagore St-Marceau – demande d'attestation de bon fonctionnement des équipements que devait établir le contrôleur technique).

**Possibilité de libérer la retenue de garantie avant l'expiration du délai d'un an courant de la réception sans réserve**. Sans contestation postérieure à une réception sans réserve, une cour d'appel « *a exactement retenu que l'architecte pouvait libérer les garanties avant l'expiration du délai d'un an courant de la réception sans réserve* » (Cass. 3e civ. 9 février 2000, Société L'Acropole).

**Le paiement de la retenue de garantie emporte levée des réserves de la réception**. La cour d'appel qui a statué « sans rechercher, comme il le lui était demandé, si […] *le paiement effectif des 5 % correspondant au solde du prix, effectué le …, emportait levée des réserves,* […] *n'a pas donné de base légale à sa décision* » (Cass. 3e civ., 5 novembre 2013, Société Hôtel de France).

### 2.1.5. En résumé

La retenue de garantie (loi du 16 juillet 1971) :

- doit être prévue au contrat ;

- maximum 5 % ;
- doit être consignée, mais cela est rarement fait en pratique ;
- remplacement uniquement par une caution ;
- pas de garantie à première demande ;
- substitution au gré du titulaire ;
- substitution possible à tout moment (tant que le maître d'ouvrage n'a pas consigné la retenue de garantie) ;
- ne porte que sur les réserves à la réception ;
- mainlevée automatique un an après la réception (s'il n'y a pas eu pendant cette année opposition motivée relative à la mauvaise exécution du marché) ;
- régime applicable au sous-traitant (même si le maître d'ouvrage est public).

***Modèle type d'acte de caution (retenue de garantie)***

Modèle d'acte de cautionnement substituant la retenue de garantie dans les conditions prévues par les articles 1 et 2 de la loi n° 71-584 du 16 juillet 1971 « tendant à réglementer les retenues de garantie en matière de marchés de travaux définis par l'article 1779, 3°, du Code civil », applicable aux marchés de travaux privés visés à l'article 1779, 3°, du Code civil et recommandé par la FBF, la FNTP et la FFB

[Nom de la banque], [forme sociale], au capital de [……], dont le siège social est à [……], ayant pour numéro unique d'identification [……] RCS [……], représentée par [……] [et par [……], agissant en qualité de [……], dûment habilité(s) à l'effet des présentes, ci-après dénommée la « Banque »,

– connaissance prise du marché de travaux privé, ci-après dénommé le « Marché », dont une copie a été remise à la Banque,
– conclu le [……] entre [……], ci-après dénommé(e) l' « Entrepreneur », et [……..…], ci-après dénommé(e) le « Maître de l'Ouvrage »,
– relatif à l'exécution de travaux consistant en [……], pour la somme de € [……] toutes taxes comprises (en chiffres et en lettres), somme correspondant au montant du Marché,
– Marché en considération duquel le Maître de l'Ouvrage est susceptible de retenir à l'Entrepreneur, à titre de garantie, la somme de € [……] toutes taxes comprises (en chiffres et en lettres) représentant au plus 5 % du montant du Marché toutes taxes comprises, ci-après dénommée le « Montant Garanti »,
– à défaut d'exécution par l'Entrepreneur des travaux relevant de la retenue de garantie dans les conditions prévues par les articles 1 et 2 de la loi n° 71-584 du 16 juillet 1971 « tendant à réglementer les retenues de garantie en matière de marchés de travaux définis par l'article 1779, 3° du Code civil », ci-après dénommée la « Loi »,

ARTICLE 1 – ENGAGEMENT DE CAUTION SOLIDAIRE -
Déclare se constituer caution personnelle et solidaire de l'Entrepreneur envers le Maître de l'Ouvrage à hauteur du Montant Garanti, dans les conditions prévues par les articles 1 et 2 de la Loi et à l'exclusion du montant des travaux supplémentaires non visés par le Marché, sauf accord de la Banque résultant d'un avenant au présent cautionnement.

ARTICLE 2 – MISE EN JEU DU CAUTIONNEMENT – PAIEMENT PAR LA BANQUE -
Toute mise en jeu du présent cautionnement devra faire l'objet d'une lettre recommandée avec demande d'avis de réception adressée par le Maître de l'Ouvrage à la Banque et motivée par l'inexécution des obligations de l'Entrepreneur.

Tout paiement par la Banque au Maître de l'Ouvrage ne pourra intervenir que sur production, par le Maître de l'Ouvrage, du procès-verbal de réception des travaux objet du Marché signé par lui.

Tout paiement effectué par la Banque en exécution du présent cautionnement réduira d'autant et définitivement le Montant Garanti.

ARTICLE 3 – SUBROGATION DE LA BANQUE -
Du fait de son paiement, la Banque se trouvera de plein droit subrogée dans tous les droits du Maître de l'Ouvrage à l'encontre de l'Entrepreneur, le Maître de l'Ouvrage renonçant à se prévaloir des dispositions de l'article 1252 du Code civil.

ARTICLE 4 – EXPIRATION DU CAUTIONNEMENT -
Le présent cautionnement cessera de produire ses effets à l'expiration d'une année à compter de la date de réception, faite avec ou sans réserve, des travaux objet du Marché, même en l'absence de mainlevée, sauf opposition du Maître de l'Ouvrage motivée par l'inexécution des obligations de l'Entrepreneur et notifiée à la Banque par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.
Toute opposition abusive est susceptible d'entraîner la condamnation de l'opposant à des dommages et intérêts.

ARTICLE 5 – DROIT APPLICABLE -
Le présent cautionnement est soumis au droit français.

ARTICLE 6 - GARANTIE DES CAUTIONS -
Cet engagement est couvert par le mécanisme de garantie des cautions institué par l'article L. 313-50 du Code monétaire et financier.

ARTICLE 7 – ÉLECTION DE DOMICILE -
Dans le cadre du présent cautionnement, la Banque fait élection de domicile à l'adresse suivante :
[……].

Fait à [……] le [……]

## 2.2. Les autres garanties

### 2.2.1. Caution ou garantie à première demande en remboursement d'avance

Aucune réglementation spécifique. Liberté contractuelle.

### 2.2.2. Caution ou garantie à première demande dite « de bonne fin » ou « d'achèvement »

Aucune réglementation spécifique. Liberté contractuelle.

Toutefois, cette garantie ne doit pas aller à l'encontre des dispositions de la loi d'ordre public du 16 juillet 1971 réglementant les retenues de garantie (cf. *supra*) et devra donc obligatoirement prendre fin à la réception des travaux.

Cette garantie ne devra pas non plus aller à l'encontre des dispositions de l'article 1799-1 du Code civil, d'ordre public (cf. *infra*) et ne pourra donc pas être conditionnée par la remise d'une garantie de paiement à l'entrepreneur.

# 3. Les garanties dans un contrat de sous-traitance

## 3.1. Celles que l'entrepreneur principal peut exiger du sous-traitant : une retenue de garantie remplaçable par une caution

**Le contrat de sous-traitance est un contrat de droit privé**. Les relations contractuelles existant entre l'entreprise principale et son sous-traitant sont toujours d'ordre privé (même si le maître d'ouvrage avec lequel seul l'entrepreneur principal a signé un contrat est un maître d'ouvrage public) ; par conséquent, c'est toujours la loi du 16 juillet 1971 qui régit la retenue de garantie prévue dans un contrat de sous-traitance.

**Le point 2 du présent chapitre s'applique en sous-traitance**. Les garanties que le maître d'ouvrage peut exiger de l'entrepreneur sont donc applicables au contrat de sous-traitance, étant entendu que l'on remplacera les mots « le maître d'ouvrage » par « l'entrepreneur principal », et « l'entrepreneur » par « le sous-traitant ».

**La caution (de retenue de garantie) de l'entreprise principale porte sur l'intégralité du marché**. La caution établie au profit du maître d'ouvrage par la banque de l'entrepreneur principal (dans la mesure où le marché prévoit la constitution d'une retenue de garantie au profit du maître d'ouvrage) doit être calculée sur la valeur globale du marché, indépendamment du fait de savoir si le titulaire exécute lui-même l'intégralité des travaux ou s'il a recours à des sous-traitants.

**La caution (de retenue de garantie) du sous-traitant peut être libellée au bénéfice de la banque de l'entreprise principale**. En effet, la caution du sous-traitant couvrant une partie des sommes qui font l'objet de la caution de l'entreprise principale, il est tentant d'introduire un mécanisme de « contre-garantie » délivrée par la banque du sous-traitant au profit de la banque de l'entreprise principale, pour un montant correspondant à la retenue de 5 % du contrat de sous-traitance. L'objectif visé est, en effet, d'obtenir une diminution des frais financiers afférant à la caution du marché principal. D'un strict point de vue juridique, la loi du 16 juillet 1971 ne prévoyant pas dans son article 1er que le bénéficiaire de la retenue de garantie, ou plus exactement de la caution qui la remplace, peut être la banque de l'entreprise principale, il pourrait être considéré qu'une telle pratique tombe sous le coup de l'article 3 de ladite loi, aux termes duquel sont nuls et de nul effet les clauses, stipulations et arrangements qui auraient pour effet de faire échec aux dispositions des articles 1 et 2 de la loi susvisée. Mais d'un point de vue pratique, il faut bien remarquer que si la contre-garantie respecte bien la loi de 1971 quant à son objet et à sa durée, ce système ne lèse pas le sous-traitant et peut, en revanche, permettre à une entreprise principale d'obtenir plus facilement une caution de la part de sa banque.

**La caution (retenue de garantie) du sous-traitant ne peut être libellée au nom du maître d'ouvrage**. La réponse à cette question est beaucoup plus nette que pour la précédente : en effet, la caution de la banque du sous-traitant est destinée à remplacer la retenue de garantie de 5 % prévue contractuellement avec l'entreprise principale pour garantir l'exécution des travaux de levée des réserves imputables au sous-traitant. En conséquence, le maître d'ouvrage ne saurait, en aucun cas, s'immiscer dans le contrat de sous-traitance et prétendre avoir un droit quelconque sur la retenue de garantie du sous-traitant.

**Le maître d'ouvrage** (ou le comptable public dans un marché public) **ne peut pas prélever la retenue de garantie prévue dans le contrat de sous-traitance. La retenue de garantie de**

**la loi de 1971 prévue dans le contrat de sous-traitance ne concerne que les parties à ce contrat** (le titulaire du marché et le sous-traitant, le maître d'ouvrage **étan**t un tiers à ce contrat). En conséquence, le maître d'ouvrage n'a pas à appliquer une retenue de garantie au sous-traitant.

Pour les mêmes raisons, il n'a pas à prévoir de pénalités de retard pour le sous-traitant dans l'acte spécial de sous-traitance. Le maître d'ouvrage n'a pas à s'immiscer dans les relations entre le titulaire et son sous-traitant lorsque celui-ci a été accepté et que les conditions de paiement de ses prestations ont été agréées. Le titulaire du marché peut cependant refuser explicitement tout ou partie du paiement du sous-traitant. Dans ce cas, le litige doit être réglé entre le titulaire et son sous-traitant.

#### *Modèle type d'acte de caution (retenue de garantie)… avec le sous-traitant*

Modèle d'acte de cautionnement substituant la retenue de garantie dans les conditions prévues par les articles 1 et 2 de la loi n° 71-584 du 16 juillet 1971 « tendant à réglementer les retenues de garantie en matière de marchés de travaux définis par l'article 1779, 3°, du Code civil », applicable aux conventions de sous-traitance et recommandé par la FBF, la FNTP et la FFB

[Nom de la banque], [forme sociale], au capital de [……], dont le siège social est à [……], ayant pour numéro unique d'identification [……] RCS [……], représenté par [……] [et par [……], agissant en qualité de [……], dûment habilité(s) à l'effet des présentes, ci-après dénommée la « Banque »,

– connaissance prise de la convention de sous-traitance, ci-après dénommée le « Sous-Traité », dont une copie a été remise à la Banque,
– conclue le [……] entre [……], ci-après dénommé(e) le « Sous-Traitant », et [……], ci-après dénommé(e) l' « Entrepreneur Principal », dans le cadre du chantier réalisé sous la maîtrise d'ouvrage de [……], ci-après dénommé(e) le « Maître de l'Ouvrage », avec lequel l'Entrepreneur Principal a signé un marché de travaux privés, ci-après dénommé le « Marché »,
– Sous-Traité relatif à l'exécution de travaux consistant en [……], pour la somme de € [……] toutes taxes comprises[4] (en chiffres et en lettres), somme correspondant au montant du Sous-Traité,
– et en considération duquel l'Entrepreneur Principal est susceptible de retenir au Sous-Traitant, à titre de garantie, la somme de € [……] toutes taxes comprises[5] (en chiffres et en lettres) représentant au plus 5 % du montant du Sous-Traité toutes taxes comprises[6], ci-après dénommée le « Montant Garanti »,
– à défaut d'exécution par le Sous-Traitant des travaux relevant de la retenue de garantie dans les conditions prévues par les articles 1 et 2 de la loi n° 71-584 du 16 juillet 1971 « tendant à réglementer les retenues de garantie en matière de marchés de travaux définis par l'article 1779, 3° du Code civil », ci-après dénommée la « Loi »,

ARTICLE 1 – ENGAGEMENT DE CAUTION SOLIDAIRE –
Déclare se constituer caution personnelle et solidaire du Sous-Traitant envers l'Entrepreneur Principal à hauteur du Montant Garanti, dans les conditions prévues par les articles 1 et 2 de la Loi et à l'exclusion du montant des travaux supplémentaires non visés par le Sous-Traité, sauf accord de la Banque résultant d'un avenant au présent cautionnement.

ARTICLE 2 – MISE EN JEU DU CAUTIONNEMENT – PAIEMENT PAR LA BANQUE -
Toute mise en jeu du présent cautionnement devra faire l'objet d'une lettre recommandée avec demande d'avis de réception adressée par l'Entrepreneur Principal à la Banque et motivée par l'inexécution des obligations du Sous-Traitant.

4. Remplacer « toutes taxes comprises » par « hors taxes » en présence d'une convention de sous-traitance de travaux immobiliers soumise au régime d'autoliquidation de la TVA instauré par le 2 *nonies* de l'article 283 du Code général des impôts.
5. *Idem* note 1.
6. *Idem* note 1.

Tout paiement par la Banque à l'Entrepreneur Principal ne pourra intervenir que sur production, par l'Entrepreneur Principal, du procès-verbal de réception des travaux objet du Marché signé par le Maître de l'Ouvrage.

Tout paiement effectué par la Banque en exécution du présent cautionnement réduira d'autant et définitivement le Montant Garanti.

ARTICLE 3 – SUBROGATION DE LA BANQUE -
Du fait de son paiement, la Banque se trouvera de plein droit subrogée dans tous les droits de l'Entrepreneur Principal à l'encontre du Sous-Traitant, l'Entrepreneur Principal renonçant à se prévaloir des dispositions de l'article 1252 du Code civil.

ARTICLE 4 – EXPIRATION DU CAUTIONNEMENT -
Le présent cautionnement cessera de produire ses effets à l'expiration d'une année à compter de la date de réception, faite avec ou sans réserve, des travaux objet du Marché, même en l'absence de mainlevée, sauf opposition de l'Entrepreneur Principal motivée par l'inexécution des obligations du Sous-Traitant et notifiée à la Banque par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.
Toute opposition abusive est susceptible d'entraîner la condamnation de l'opposant à des dommages et intérêts.

ARTICLE 5 – DROIT APPLICABLE -
Le présent cautionnement est soumis au droit français.

ARTICLE 6 – GARANTIE DES CAUTIONS -
Cet engagement est couvert par le mécanisme de garantie des cautions institué par l'article L. 313-50 du Code monétaire et financier.

ARTICLE 7 – ÉLECTION DE DOMICILE -
Dans le cadre du présent cautionnement, la Banque fait élection de domicile à l'adresse suivante :
[ ].

## 4. La garantie que le maître d'ouvrage privé doit fournir à l'entrepreneur (C. civ., art. 1799-1)

La loi du 10 juin 1994 et son décret d'application du 30 juillet 1999 ont ajouté un article 1799-1 au Code civil aux termes duquel le maître d'ouvrage qui conclut un marché de travaux privé doit garantir à l'entreprise le paiement des sommes dues lorsque celles-ci dépassent 12 000 € HT, déduction faite des arrhes et des acomptes versés lors de la conclusion du marché.

L'article 1799-1 du Code civil envisage deux types de garanties : soit le versement direct du montant du prêt dans la limite des sommes dues en cas de financement bancaire des travaux, soit, lorsque le maître d'ouvrage privé ne recourt pas à un crédit spécifique « travaux », le cautionnement solidaire, et prévoit une sanction en cas de non-fourniture de la garantie de paiement, la suspension des travaux. Par ailleurs, l'article 1799-1 du Code civil est d'ordre public.

## 4.1. L'obligation pour le maître d'ouvrage privé de garantir l'entrepreneur du paiement de ses travaux

L'article 1799-1 du Code civil est ainsi rédigé :

> ***Le maître de l'ouvrage*** *qui conclut un* ***marché de travaux privé*** *visé au 3° de l'article 1779* ***doit garantir*** *à l'entrepreneur* ***le paiement des sommes dues*** *lorsque celles-ci dépassent un seuil fixé par décret en Conseil d'État.*
> ***Lorsque le maître de l'ouvrage recourt à un crédit spécifique pour financer les travaux****, l'établissement de crédit ne peut verser le montant du prêt à une personne autre que celles mentionnées au 3° de l'article 1779 tant que celles-ci n'ont pas reçu le paiement de l'intégralité de la créance née du marché correspondant au prêt. Les versements se font sur l'ordre écrit et sous la responsabilité exclusive du maître de l'ouvrage entre les mains de la personne ou d'un mandataire désigné à cet effet.*
> ***Lorsque le maître de l'ouvrage ne recourt pas à un crédit spécifique*** *ou lorsqu'il y recourt partiellement, et à défaut de garantie résultant d'une stipulation particulière, le paiement est garanti par un cautionnement solidaire consenti par un établissement de crédit, une société de financement, une entreprise d'assurance ou un organisme de garantie collective, selon des modalités fixées par décret en Conseil d'État.* ***Tant qu'aucune garantie n'a été fournie et que l'entrepreneur demeure impayé des travaux exécutés,*** *celui-ci* ***peut surseoir à l'exécution du contrat après mise en demeure*** *restée sans effet à l'issue d'un délai de quinze jours.*
> *Les dispositions de l'alinéa précédent* ***ne s'appliquent pas lorsque le maître de l'ouvrage conclut*** *un marché de travaux pour son propre compte et* ***pour la satisfaction de besoins ne ressortissant pas à une activité professionnelle*** *en rapport avec ce marché.*
> *Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas aux marchés conclus par un organisme visé à l'article L. 411-2 du Code de la construction et de l'habitation, ou par une société d'économie mixte,* ***pour des logements à usage locatif aidés par l'État*** *et réalisés par cet organisme ou cette société.*

**Sont concernés** :

- les sociétés commerciales (SNC, SA, SARL…) ;
- les sociétés civiles immobilières (SCI) ;
- les sociétés civiles de construction vente (SCCV) ;
- les commerçants ;
- les professions libérales ;
- les organismes privés d'HLM (ESH) visés à l'article L. 411-2 du Code de la construction et de l'habitation et les sociétés d'économie mixte (SEM) pour leurs opérations en accession.

*A contrario* sont exclus :

- les marchés publics (marchés passés avec des collectivités publiques : État, communes, départements, régions, établissements publics) : ce ne sont pas des marchés privés de travaux ;
- les marchés passés pour les logements à usage locatif aidés par l'État des SA d'HLM et des SEM : ce ne sont pas des opérations en accession à la propriété.

**Un seuil de 12 000 € HT**. Le seuil fixé par le décret n° 99-658 du 30 juillet 1999, à partir duquel la garantie de paiement est obligatoire, est de 12 000 **€ HT**.

**Les sommes dues** sont le prix convenu au titre du marché, déduction faite des arrhes et acomptes versés lors de la conclusion du marché (décret du 30 juillet 1999, premier alinéa).

**Les particuliers sont dispensés de fournir un cautionnement** (mais concernés par le versement direct du crédit spécifique travaux), les maîtres d'ouvrage qui concluent un marché de travaux pour leur propre compte et pour la satisfaction de besoins ne ressortissant pas d'une

activité professionnelle en rapport avec ce marché (C. civ., art. 1799-1, quatrième alinéa). En d'autres termes, les particuliers qui passent commande de travaux pour leur propre compte et qui financent ces travaux sur leurs fonds propres ou au moyen d'un crédit partiel sont dispensés de fournir à l'entrepreneur une caution.

**Mais les particuliers sont concernés par le crédit spécifique travaux**. Un particulier qui finance ses travaux au moyen d'un crédit spécifique devra demander à l'établissement de crédit de verser le montant du prêt à l'entrepreneur.

**Les copropriétés ne sont pas concernées par les dispositions du 1799-1**. L'obligation de souscrire un cautionnement solidaire ne s'impose pas lorsque le maître d'ouvrage conclut un marché de travaux pour son propre compte et pour la satisfaction de besoins ne ressortissant pas d'une activité professionnelle en rapport avec le marché. Les travaux commandés par une copropriété, qui n'exerce aucune activité professionnelle, le sont pour son compte, le syndic n'agissant qu'en qualité de mandataire de ce maître d'ouvrage. L'article 1799-1 du Code civil est donc inapplicable (CA Paris, 16 mai 2012).

**Le crédit-preneur doit fournir une garantie de paiement**. La convention de crédit-bail constitue une opération de financement au bénéfice du crédit-preneur. Ce dernier, titulaire d'une délégation de maitrise d'ouvrage (il est maître d'ouvrage délégué), apparaît en réalité comme le maître d'ouvrage effectif. Dès lors, le crédit-bailleur n'est pas tenu de garantir le paiement par un cautionnement solidaire et il appartient au crédit-preneur de se soumettre aux dispositions de l'article 1799-1 du Code civil (CA Montpellier, 24 novembre 2009).

**L'édification d'un lieu de prière ne constitue pas une activité professionnelle**. Un lieu de prière n'est ni un bien ni un service évaluable, et même à supposer que le Secours catholique exerce une profession et a une activité dans le domaine humanitaire, le marché portant sur l'édification d'un lieu de culte n'est pas en rapport avec l'exercice de l'association Le Secours catholique. La garantie de paiement n'a pas être obligatoirement délivrée (Cass. 3$^{e}$ civ., 10 septembre 2008).

**Prise en compte de l'activité principale**. Lorsque l'objet du marché ressortit d'une activité professionnelle, même si les travaux portent sur la réhabilitation de locaux à usage d'habitation qui sont utilisés à titre de logement de fonction par le gérant de la société, il s'agit de locaux qui constituent l'accessoire d'une activité principale. La garantie de paiement doit être fournie (CA Aix-en-Provence, 12 septembre 2013).

## 4.2. Le mécanisme de la garantie de paiement

### 4.2.1. Le versement direct du montant du crédit « spécifique travaux »

**Lorsque le maître d'ouvrage recourt à un crédit spécifique** pour financer ses travaux, l'établissement de crédit (la banque) ne peut verser le montant de ce prêt à une personne autre que l'entrepreneur (tant que celui-ci n'aura pas reçu le paiement de l'intégralité de la créance née du marché correspondant au prêt).

Ainsi, chaque fois que le maître d'ouvrage recourt à un crédit spécifique pour financer ses travaux, le montant de ce prêt doit être versé par la banque directement à l'entrepreneur. Cela s'impose aux maîtres d'ouvrage professionnels et aux maîtres d'ouvrage particuliers (dès lors que le montant du marché de travaux est supérieur à 12 000 € HT et que le maître d'ouvrage a recours à ce type de prêt).

Le maître d'ouvrage doit fournir à l'entreprise une attestation de la banque indiquant que l'entreprise est bénéficiaire du prêt. Cette attestation doit être remise avant l'intervention de l'entreprise sur le chantier.

Le versement des fonds sera effectué par la banque après acceptation de chaque demande de paiement par le maître d'ouvrage. Si le maître d'ouvrage n'est pas d'accord avec les demandes de paiement de l'entreprise, le paiement est bloqué. Il sera libéré soit à la suite d'un accord avec le client, soit après une décision judiciaire.

La banque n'est tenue de verser le montant du prêt à l'entrepreneur que lorsque le **crédit est exclusivement et en totalité destiné au paiement des travaux** exécutés par l'entreprise.

Le crédit « spécifique travaux » (destiné exclusivement et en totalité au paiement de travaux) s'entend d'un crédit non pas spécifique à un entrepreneur mais du **crédit global de l'opération**.

La banque ne peut débloquer le montant du prêt correspondant à la créance de l'entrepreneur que **sur ordre écrit du maître d'ouvrage**.

Dans tous les autres cas (crédit servant également à financer d'autres dépenses), le maître d'ouvrage devra fournir une garantie de paiement sous une autre forme : la caution.

### 4.2.2. Le cautionnement solidaire

**Lorsque le maître d'ouvrage ne recourt pas à un crédit spécifique** pour financer les travaux, ou y recourt partiellement, à défaut de garanties résultant d'une stipulation particulière (consignation des sommes dues ou hypothèque), **il doit fournir une caution** personnelle et solidaire à l'entrepreneur, émanant d'un établissement de crédit, d'une entreprise d'assurances, d'un organisme de garantie collective ou d'une société de financement ayant son siège ou une succursale sur le territoire d'un État membre de la Communauté européenne ou d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen.

Ainsi, lorsque le maître d'ouvrage ne recourt pas à un crédit spécifique, il doit fournir à l'entreprise une caution bancaire (sauf cas du particulier ou de la SA d'HLM hors programme d'accession).

C'est le maître d'ouvrage qui paie l'entreprise.

C'est le maître d'ouvrage qui supporte le coût du cautionnement.

Aux termes du décret du 30 juillet 1999, « *la caution est tenue sur les seules justifications présentées par l'entrepreneur que la créance est certaine, liquide et exigible et que le maître d'ouvrage est défaillant* ».

Il ne s'agit pas d'une garantie à première demande, mais d'une garantie accessoire.

Ce sera donc à l'entrepreneur de prouver que le maître d'ouvrage est défaillant en le mettant en demeure de payer, s'il ne paye pas spontanément à la date convenue une situation de travaux non contestée ou le solde résultant du décompte définitif, qu'il soit ou non en redressement ou en liquidation judiciaire, et en présentant à l'établissement de crédit les pièces justificatives de sa créance.

Le maître d'ouvrage pourra toujours contester une situation ou un projet de décompte en invoquant une malfaçon ou une autre raison, l'entreprise devra alors introduire un recours contentieux pour faire reconnaître ses droits à paiement. Ce n'est que par la suite, si le maître d'ouvrage ne s'exécute pas et qu'elle obtient gain de cause devant le tribunal, qu'elle aura recours à la garantie.

Les organisations professionnelles d'entreprises (Fédération française du bâtiment [FFB] et Fédération nationale des travaux publics [FNTP]) et l'Association française des banques (AFB) ont négocié un acte type de cautionnement actualisé le 15 septembre 2014, qui dispose que :

> *Tout paiement par la banque à l'entrepreneur ne pourra intervenir que sur justification écrite par l'entrepreneur :*
> *1° que sa créance est certaine, liquide et exigible, en remettant à la Banque soit la ou les demande(s) de paiement mentionnant le décompte des sommes dues, validée(s), s'il y a lieu, par le maître d'œuvre, non contestée(s) par le maître d'ouvrage assisté ou représenté, le cas échéant, par le mandataire de justice compétent, et restée(s) impayée(s) dans le délai contractuellement prévu pour le paiement, soit une décision passée en force de chose jugée,*
> *ET*
> *2° que le maître d'ouvrage est défaillant du fait soit du non-paiement à la suite de la réception d'une lettre de mise en demeure adressée en recommandé avec demande d'avis de réception, demeurée sans effet pendant un délai de trente jours calendaires, soit, en cas de décision passée en force de chose jugée, d'un commandement de payer demeuré sans effet, soit de sa liquidation judiciaire.*

Ainsi, pour se faire payer en lieu et place du maître d'ouvrage par le banquier qui se sera porté caution au moyen de l'acte type, l'entreprise devra-t-elle démontrer que :

- **sa créance est certaine, liquide et exigible** : une situation validée par le maître d'œuvre, non contestée par le maître d'ouvrage, un solde devenu définitif ou une décision de justice passée en force de chose jugée ;
- **le maître d'ouvrage est défaillant** : une lettre recommandée AR demeurée sans effet pendant trente jours, une décision passée en force de chose jugée, un commandement de payer demeuré sans effet ou la liquidation judiciaire du maître d'ouvrage.

*Attention !*

Les actes de cautionnement ont toujours une date d'expiration : il faut intenter le recours AVANT cette date, ou adresser une lettre recommandée avec demande d'avis de réception à la banque comportant opposition motivée de l'entrepreneur AVANT l'arrivée de cette date (article 4 de l'acte type).

*Attention !*

**La garantie de paiement peut être plafonnée**. Le montant prévu dans le cautionnement est opposable à l'entrepreneur confronté à la défaillance du maître d'ouvrage. La Cour de cassation précise que les plafonds de garantie stipulés dans la convention de caution ne sont pas contraires aux dispositions d'ordre public de l'article 1799-1 du Code civil. « *Mais attendu qu'ayant relevé que par convention du 27 juin 2006, la CEGC s'était engagée à fournir une garantie de paiement plafonnée à hauteur de la somme de 8 000 000 euros, la cour d'appel en a déduit à bon droit que cette dernière ne pouvait être tenue au-delà de son engagement* » (Cass. 3e civ., 20 novembre 2013, n° 13-10.081).

## 4.3. Portée de l'obligation : garantir les sommes dues dès la signature du contrat

L'article 1799-1 du Code civil pose le principe de l'obligation pour le maître d'ouvrage qui conclut un marché de travaux privé visé au 3 de l'article 1779 de garantir à l'entrepreneur le paiement des sommes dues. Il laisse ouverte pour l'entrepreneur la possibilité de tenter d'obtenir, par la voie judiciaire, le respect de cette obligation : c'est la voie de l'astreinte. Il envisage une sanction spécifique de la non-fourniture de la garantie, le sursis à l'exécution du contrat (l'interruption des travaux) en faisant jouer l'exception d'exécution.

**Le maître d'ouvrage doit garantir le paiement des sommes dues**. La notion de sommes dues comprend non seulement le montant du prix initial, mais également les sommes dues au titre des travaux supplémentaires convenus entre l'entrepreneur et le maître d'ouvrage, les pénalités et autres indemnités dues par le maître d'ouvrage, et la TVA. En d'autres termes, l'article 1799-1 ne comporte aucune restriction quant au montant garanti.

**Toute somme due résultant de l'application de stipulations du marché doit donc être garantie**. Ce principe est réaffirmé au deuxième alinéa de l'article 1799-1 (« Intégralité de la créance née du marché »). Il est également confirmé par les tribunaux. Voir en ce sens la décision au fond du tribunal de commerce de Saint-Étienne du 14 mars 1997. Un maître d'ouvrage avait résilié le marché d'un entrepreneur qui lui réclamait une garantie de paiement. Le tribunal a prononcé la résiliation aux torts du maître d'ouvrage et l'a condamné à réparer le préjudice subi (15 % du montant du marché). En outre, le maître d'ouvrage devait fournir sous astreinte de 10 000 F par jour un cautionnement solidaire conforme à l'article 1799-1 du Code civil et garantissant le solde dû qui comprenait non seulement le principal, mais également le montant des intérêts moratoires calculés au taux de 17 % l'an (art. 18-7 de la norme Afnor P 03-001, édition de septembre 1991).

**Le maître d'ouvrage est débiteur de l'obligation de fournir la garantie dès la signature du contrat**. Les dispositions de l'article 1799-1 du Code civil ne fixent aucun délai pour la fourniture de la garantie de paiement, qui peut donc être demandée avant de commencer les travaux (CA Pau, 7 mai 2008).

**L'entrepreneur n'est pas tenu de mettre en demeure le maître d'ouvrage de fournir une garantie** pour faire naître cette obligation : aucune mise en demeure n'est nécessaire. La mise en demeure est simplement requise comme préalable à l'application de la sanction visée au troisième alinéa de l'article 1799-1 en cas de défaut de fourniture de la garantie de paiement (voir, en ce sens, CA Dijon, 17 septembre 1996), Après avoir rappelé que le maître d'ouvrage devait fournir spontanément la garantie prévue à l'article 1799-1, troisième alinéa, dès lors que le marché de travaux dépassait le seuil de 12 000 € HT, la cour énonce que l'entrepreneur n'était aucunement tenu de mettre en demeure le maître d'ouvrage. L'obligation du maître d'ouvrage, de par l'effet de la loi, naît dès la signature du marché. Dès lors, la compétence du juge des référés est confirmée et le maître d'ouvrage est condamné sous astreinte financière à délivrer la garantie de paiement.

**L'acte générateur de l'obligation de garantie de paiement est la conclusion du marché et ce, même si la créance n'est pas encore exigible**. Ce principe est posé clairement à l'alinéa premier de l'article 1799-1 : « *Le maître de l'ouvrage qui conclut un marché de travaux privé visé au 3 de l'article 1779 doit garantir à l'entrepreneur… » et confirmé par la jurisprudence.*

**L'entrepreneur peut solliciter cette garantie à tout moment, même en cours d'exécution du marché, tant que le maître d'ouvrage demeure redevable envers lui de tout ou partie des sommes dues**. Il résulte de cette disposition que l'obligation de délivrance de la garantie n'est pas subordonnée à l'existence d'une créance certaine, liquide et exigible (par exemple, une situation de travaux impayée, comme c'est le cas pour la mise en œuvre de la caution), mais à la seule conclusion d'un marché de travaux privé (TGI Bordeaux, 10 mai 1995, Sofibat c/ société civile de construction vente Club Royal Aquitaine). Cette ordonnance de référé a fait l'objet d'une confirmation de toutes ses dispositions par la cour d'appel de Bordeaux le 4 juillet 1996, qui énonce que le législateur n'ayant fixé aucun délai pour la fourniture de la garantie de paiement prévue à l'article 1799-1 du Code civil, il n'est pas sérieusement contestable que l'entrepreneur peut solliciter cette garantie à tout moment, même en cours d'exécu-

tion du marché, tant que le maître d'ouvrage demeure redevable envers lui de tout ou partie des sommes dues.

**Pas de décharge de l'obligation, même en cas de malfaçons et de retards dans les travaux**. Un maître d'ouvrage n'a pas fourni aux entreprises la garantie de paiement prévue par l'article 1799-1 du Code civil. Les travaux sont achevés, payés, mais pas réceptionnés. Les entreprises demandent la garantie. Le maître d'ouvrage, pour s'en exonérer, prétend qu'il est créancier d'indemnités pour malfaçons et retards dans les travaux. Les juges rappellent que l'article 1799-1 du Code civil est d'ordre public. Le maître d'ouvrage doit garantir à l'entrepreneur le paiement des sommes dues au titre des marchés de travaux privés (Cass. 3e **civ.,** 13 janvier 2009, Société Étoile Marine).

**La compensation ne peut être invoquée pour ne pas fournir de garantie**. Une compensation future, même certaine, ne dispense pas un maître d'ouvrage de fournir la garantie de paiement due à l'entreprise. Une cour d'appel qui, pour rejeter la demande de l'entreprise tendant à la fourniture par le maître d'ouvrage de la garantie prévue par l'article 1799-1 du Code civil, ne respecte pas ce texte en retenant que le solde du prix des travaux n'a pas été entièrement payé, mais que, compte tenu de la compensation à intervenir avec les créances de dommages-intérêts, il n'est pas certain que la SCI reste redevable de sommes envers la société IDF, alors que la possibilité d'une compensation future avec une créance du maître d'ouvrage, même certaine en son principe, ne dispense pas celui-ci de fournir la garantie de paiement du solde dû sur le marché.(Cass. 3e civ., 11 mai 2010, Est construction c/ SCI Les Terrasses d'Audun).

**Pas de dispense de garantie de paiement au motif de fourniture d'une garantie d'achèvement**. La garantie de paiement est due aux entrepreneurs. La garantie d'achèvement est due aux acquéreurs dans le cadre d'un contrat de vente en état futur d'achèvement. La cour d'appel de Paris considère que le maître d'ouvrage professionnel ne peut faire croire qu'il confond la garantie financière d'achèvement avec la garantie de paiement demandée par l'entreprise. Elle condamne le maître d'ouvrage au paiement du préjudice subi par l'entreprise (30,4 % de la marge brute), au paiement de 4 000 € au titre de l'article 700 du Code de procédure civile et aux dépens qui seront recouvrés par les avocats (CA Paris, 21 septembre 2012).

## 4.4. La sanction de la non-fourniture de la garantie

### 4.4.1. La voie de l'astreinte

L'article 1799-1 du Code civil a prévu comme sanction à la non-fourniture de la garantie de paiement la possibilité pour l'entrepreneur de surseoir à l'exécution du contrat. Toutefois, cela n'est pas exclusif de la possibilité pour l'entrepreneur de tenter d'obtenir par la voie judiciaire que le maître d'ouvrage remplisse son obligation légale de délivrer une garantie de paiement.

**L'astreinte est une condamnation pécuniaire prononcée par le juge** ayant pour but de vaincre la résistance d'un débiteur récalcitrant et de l'amener à exécuter une décision du juge.

Une astreinte peut donc être ordonnée par un tribunal en vue d'assurer l'exécution d'un jugement condamnant un maître d'ouvrage à délivrer la garantie de paiement de l'article 1799-1.

**Devant le juge des référés**. La condamnation à fournir la garantie de paiement sous astreinte peut être ordonnée par le juge des référés.

**Le maître d'ouvrage ne peut reprocher à l'entrepreneur de ne pas avoir interrompu les travaux pour se soustraire à l'astreinte**. Si l'article 1799-1 du Code civil prévoit que l'entrepreneur peut suspendre l'exécution du contrat au cas où le cautionnement n'est pas fourni, cela est une possibilité et non une obligation : dès lors, il ne peut être reproché à la société d'avoir continué à exécuter le marché et la SCI ne peut se prévaloir de cette exécution pour tenter de se soustraire à l'astreinte (TGI Nanterre, 5 août 1997 : liquidant, à la date de l'assignation, en demande, à la somme de 60 000 F, l'astreinte assortissant la condamnation d'une SCI à fournir un cautionnement solidaire, ordonné antérieurement par le juge des référés).

Lorsqu'aucun cautionnement ou aucun crédit spécifique n'a été mis en place, le maître d'ouvrage est condamné à fournir à l'entrepreneur une garantie de paiement conforme à l'article 1799-1 du Code civil dans le délai d'un mois à compter de la signification de l'arrêt, sous astreinte provisoire de 500 € par jour de retard courant pendant une durée de trois mois (CA Toulouse, 5 mars 2012).

**Il faut ensuite revenir devant le juge pour liquider l'astreinte** (TC Bordeaux, 22 juillet 1997 : liquidant l'astreinte prononcée par une précédente décision en référé à 300 000 F et condamnant la SCI à consigner cette somme dans l'attente du jugement au fond relatif à la résiliation du marché par la SCI).

**La résiliation du marché interdit à l'entreprise de solliciter la liquidation de l'astreinte**. Le maître d'ouvrage est tenu par l'article 1799-1 du Code civil de délivrer une garantie de paiement à l'entreprise, mais cela suppose l'existence d'une obligation principale valable. De ce fait, la résiliation du marché, les travaux étant confiés à un tiers, interdit à l'entreprise de solliciter la liquidation de l'astreinte allouée judiciairement par jour de retard dans la délivrance de cette garantie : le cautionnement ne peut être exigé pour garantir une éventuelle créance de dommages et intérêts à raison de la résiliation abusive alléguée (CA, 17 novembre 2014, Colar).

### 4.4.2. Possibilité pour l'entrepreneur d'interrompre les travaux

La sanction expressément prévue par l'article 1799-1 pour non-fourniture de la garantie de paiement est la possibilité pour l'entrepreneur de surseoir à l'exécution du contrat (c'est-à-dire d'interrompre les travaux par la voie de l'exception d'inexécution).

**L'exception d'inexécution. Principe**. Dans les contrats synallagmatiques, l'une des parties peut refuser d'exécuter son obligation tant que l'autre partie n'offre pas d'exécuter la sienne, puisqu'elle en est la contrepartie et la cause. Cette possibilité constitue un moyen de pression qui évite à l'entrepreneur d'aller, du moins dans un premier temps, devant le juge.

Le principe de l'exception d'inexécution a été consacré comme un principe général par la jurisprudence applicable aux contrats synallagmatiques, et notamment aux marchés de travaux où l'obligation pour le locateur d'ouvrage d'exécuter les travaux a pour contrepartie celle pour le maître d'ouvrage de les payer.

L'exception d'inexécution fige momentanément les relations contractuelles. Elle ne remet pas en cause le contrat lui-même. Elle n'entraîne pas sa résolution.

Sous réserve du jeu des clauses résolutoires, et notamment d'une stipulation expresse en ce sens, la résolution doit être demandée au juge (art. 1184 du Code civil).

En cas de sursis à l'exécution du contrat, il convient de faire également application du principe énoncé par la norme NF P 03-001, aux termes de laquelle « *le maître de l'ouvrage est responsable des conséquences de toute interruption résultant de la non-observation de ses obligations et, en particulier, des répercussions qu'elle pourrait avoir sur l'exécution des travaux des autres corps d'état* (norme NF P 03-001, précitée, art. 10.3.2.1, édition décembre 2000).

**L'exception d'inexécution est prévue par l'article 1799-1 du Code civil**. L'article 1799-1, troisième alinéa, du Code civil donne expressément à l'entrepreneur la possibilité de mettre en œuvre l'exception d'inexécution en cas de non-fourniture de la garantie de paiement, et non plus seulement en cas de non-paiement. Dès lors que le maître d'ouvrage n'aura pas rempli son obligation de fournir une garantie de paiement, l'entrepreneur, sous certaines conditions, pourra ne pas remplir son obligation d'exécuter les travaux et les interrompre.

**Mise en demeure préalable**. Le troisième alinéa de l'article 1799-1 subordonne l'application de l'exception d'inexécution à une mise en demeure préalable. Cette mise en demeure doit rester sans effet à l'issue d'un délai de quinze jours. Elle doit être faite par lettre recommandée avec demande d'avis de réception (décret du 30 juillet 1999, précité).

**Tant qu'aucune garantie n'a été fournie et que l'entrepreneur demeure impayé des travaux exécutés**. Le troisième alinéa de l'article 1799-1 précise que l'interruption des travaux peut être demandée tant qu'aucune garantie n'a été fournie et que l'entrepreneur demeure impayé des travaux exécutés.

**Le règlement par le maître d'ouvrage des acomptes et avances ne constitue pas *stricto sensu* le paiement des « travaux exécutés »** : *«* […] *le versement d'avance ou d'acompte à valoir sur le règlement définitif ne doit pas être confondu avec le paiement* stricto sensu *qui n'intervient qu'une fois établi le décompte définitif après la réception des travaux. Que seul ce paiement éteint la dette du maître de l'ouvrage et par suite son obligation de fournir une garantie. Que dès lors, tant qu'il n'est pas intervenu, l'entrepreneur est en droit de surseoir à l'exécution de ses travaux* […] » (TC Pau, 12 avril 2005)

En effet, le montant des sommes dues pour les travaux exécutés ne peut être fixé qu'au moment où est arrêté le décompte définitif. Il en résulte que le versement d'acomptes ou le règlement de situations de travaux en cours de chantier ne constituant pas un paiement des travaux exécutés, ne peut juridiquement interdire à l'entrepreneur de surseoir à l'exécution du contrat si le maître d'ouvrage ne lui fournit pas la garantie de paiement qui est exigée par la loi. Il serait, en effet, parfaitement illogique que l'entrepreneur ne puisse faire jouer l'exception d'inexécution que lorsque les travaux auraient été exécutés et non payés, c'est-à-dire à un moment où ce moyen de pression serait privé de l'essentiel de son objet, et donc pratiquement de toute efficacité.

En précisant que la possibilité de surseoir à l'exécution du contrat est subordonnée à la condition « *que l'entrepreneur demeure impayé des travaux exécutés »,* l'article 1799-1 ne fait qu'appliquer le principe du caractère accessoire de la garantie par rapport à l'obligation principale : celle de payer. Or l'obligation de garantie prend fin avec le paiement intégral des travaux, puisque la garantie est accessoire par rapport à la dette qu'elle couvre.

La disposition « *que l'entrepreneur demeure impayé des travaux exécutés* » ne signifie pas qu'en payant régulièrement l'entrepreneur aux échéances prévues par le marché, le maître d'ouvrage peut empêcher l'entrepreneur d'arrêter les travaux (et donc de contraindre le maître d'ouvrage à fournir la garantie). Elle veut dire simplement : « tant que le marché n'a pas été totalement exécuté et payé »…

**La garantie peut être sollicitée à tout moment… en d'autres termes, tant que le chantier n'est pas totalement exécuté et payé**. La cour d'appel de Bordeaux énonce que le législateur n'ayant fixé aucun délai pour la fourniture de la garantie de paiement prévue à l'article 1799-1 du Code civil, il n'est pas sérieusement contestable que l'entrepreneur peut solliciter cette garantie à tout moment, même en cours d'exécution du marché, tant que le maître d'ouvrage demeure redevable envers lui de tout ou partie des sommes dues (CA Bordeaux, 4 juillet 1996 **;** ou CA Pau, 7 mai 2008).

**La garantie peut être sollicitée à tout moment… son exigibilité n'est pas subordonnée au commencement des travaux**. La cour infirme le jugement attaqué en rappelant qu'il résulte des dispositions de l'article 1799-1 du Code civil d'ordre public que la garantie de paiement peut être sollicitée à tout moment dès la conclusion du marché, de sorte que son exigibilité n'est pas subordonnée au commencement des travaux (CA Pau, 3 juin 2008).

**À tout moment… jusqu'à entier paiement.** Les dispositions sur la garantie de paiement peuvent être mises en jeu à tout moment et ne s'éteignent qu'à la fourniture de la garantie ou après entier paiement. Le maître d'ouvrage ne peut contraindre l'entreprise à accepter une garantie partielle (Cass., 3e civ., 30 novembre 2010).

**Jusqu'au paiement intégral du prix, même après l'achèvement des travaux**. Le cautionnement bancaire que doit fournir le maître d'ouvrage pour garantir le paiement des sommes dues à l'entrepreneur est de droit et peut être exigé dès la signature du marché, mais aussi à tout moment jusqu'au paiement intégral du prix, nonobstant l'achèvement des travaux, et ce sans nécessité d'une mise en demeure (CA Grenoble, 31 mai 2012).

**Peu importe que la créance invoquée par l'entrepreneur soit contestée**. La cour précise qu'il importe peu pour l'application de l'article 1799-1 du Code civil que la créance invoquée par l'entrepreneur soit contestée dès lors que son existence même, compte tenu du prix du marché et des avenants signés par les parties, restait possible, la garantie instituée par ce texte étant alors destinée à assurer le paiement après confirmation de la créance et de son montant (Cass, 3e civ., 4 janvier 2006).

**La suspension des travaux n'est pas un abandon de chantier. Pas de pénalités de retard**. La non-fourniture d'une garantie de paiement justifie la suspension de l'exécution du contrat. Ce n'est pas un abandon de chantier. Une entreprise est condamnée au paiement de pénalités de retard à la suite d'un abandon de chantier. L'entreprise invoque l'absence de garantie de paiement par le maître d'ouvrage pour justifier la suspension de l'exécution du contrat. La Cour de cassation confirme que la garantie de paiement est d'ordre public et que sa non-fourniture justifie la suspension de l'exécution du contrat jusqu'à ce que le maître d'ouvrage ait satisfait à cette obligation (Cass. 3e civ., 16 mars 2011, Sotrap/Bat Immo).

**Mais si l'entrepreneur n'arrête pas les travaux, il encourt des pénalités de retard**. Dès lors que l'entrepreneur n'a pas usé de la faculté de suspendre l'exécution du marché après vaine mise en demeure, il perd le bénéfice de l'article 1799-1, troisième alinéa. L'entrepreneur doit alors réaliser les travaux conformément aux stipulations du contrat et ne peut échapper aux pénalités de retard (Cass. 3e civ., 12 septembre 2007).

**Pas de résiliation par le maître d'ouvrage en cas de suspension des travaux**. Dans le cadre de l'article 1799-1 du Code civil, le contrat ne peut être résilié par le maître d'ouvrage. Il ne peut non plus faire continuer les travaux par un autre entrepreneur, ni opposer à l'entrepreneur titulaire des dispositions tirées du marché (par exemple, les pénalités de retard, en cas de dépassement du délai convenu). La suspension des travaux jusqu'à l'obtention de la garantie

de paiement n'est pas un abandon de chantier et ne peut entraîner une résiliation du marché (CA Pau, 7 mai 2008).

**Mais résiliation possible si l'entreprise suspend l'exécution alors qu'une garantie a été fournie dans les quinze jours après mise en demeure**. L'absence de garantie de paiement due par le maître d'ouvrage autorise l'entrepreneur à surseoir à l'exécution de son contrat quinze jours après une mise en demeure restée sans effet. Mais le maître d'ouvrage qui a fourni la garantie dans ce délai de quinze jours est autorisé à résilier le marché en application de l'article 1184 du Code civil, si l'entreprise a malgré tout suspendu l'exécution du contrat (Cass. 3e civ., 12 septembre 2012, n° 11-13562).

**Possibilité pour l'entrepreneur d'obtenir la résiliation du marché**. La combinaison des dispositions de l'article 1799-1 du Code civil (reprises dans l'article 20.9 de l'édition de décembre 2000 de la norme Afnor) et de celles de l'article 22.1.3.1 de ladite norme permet d'aller jusqu'à la résiliation du marché aux torts du maître d'ouvrage en cas de non-fourniture de la garantie de paiement aboutissant à une interruption des travaux supérieure à six mois.

En effet, l'article 22.1.3.1 de la norme prévoit que la résiliation du marché peut être obtenue à l'initiative de l'entrepreneur, aux torts du maître d'ouvrage, par suite d'ajournement ou d'interruption fractionnés ou continus de plus de six mois.

## 4.5. Caractère d'ordre public de l'article 1799-1du Code civil

**Les éléments de textes constitutifs de l'ordre public de l'article 1799-1 du Code civil** :

- **le premier alinéa de l'article 1799-1** (celui qui pose le principe général de l'obligation de délivrance d'une garantie de paiement à l'entrepreneur, alors que les autres alinéas de ce même article ne font que détailler le mécanisme d'application de ce principe général) dispose que le maître d'ouvrage ***doit garantir*** *à l'entrepreneur le paiement des sommes dues.* S'agissant d'une disposition du Code civil, où le simple indicatif vaut souvent impératif, cette formulation marque clairement le caractère impératif de cette obligation ;
- **le deuxième alinéa de l'article 1799-1** du Code civil porte obligation (lorsque les autres conditions définies par la loi sont réunies) du versement direct à l'entrepreneur du montant du prêt bancaire contracté par le maître d'ouvrage pour financer les travaux. Le législateur dit très précisément que « *l'établissement de crédit* ***ne peut verser le montant du prêt à une personne autre*** *»…* que l'entrepreneur. Il est difficile d'être plus prohibitif, c'est-à-dire impératif, et non pas supplétif de volonté.

**Les conséquences de la notion d'ordre public**. Toute dérogation contractuelle à une disposition d'ordre public est frappée de nullité. L'ordre public rend inopposable à l'entrepreneur, même s'il en est signataire, toute clause par laquelle il renoncerait à la garantie de paiement que la loi organise.

Une conséquence fondamentale de cette inopposabilité est le droit maintenu de l'entrepreneur en tout état de cause, et même dans l'hypothèse d'une renonciation contractuelle formelle de sa part, à faire jouer la sanction applicable (condamnation à fournir la garantie sous astreinte, sursis à l'exécution du marché) en cas de défaut de fourniture de la garantie de paiement par le maître d'ouvrage, dès lors que les conditions objectives de son obligation sont réunies.

**Les éléments de jurisprudence constitutifs de l'ordre public de l'article 1799-1 du Code civil.** Pour la Cour de cassation, les dispositions de l'article 1799-1 du Code civil sont d'ordre public (Cass. 3e civ., 26 mars 2003, SCI SMDI ; Cass. 3e civ, 24 avril 2003, Société 1 rue des Blagis c/ EPPM Battais ; Cass. 3e civ., 1er décembre 2004, Société Eurobéton France ; Cass. 3e civ., 16 février 2005, SCI Beaupré c/ société Iso-Mir ; Cass. 3e civ., 9 novembre 2005, Société PNJA c/ société DB Construction ; Cass. 3e civ., 4 janvier 2006 ; Cass. 3e civ., 7 novembre 2006 ; Cass. 3e civ., 13 janvier 2009, Société Étoile Marine ; Cass. 3e civ., 11 mai 2010, Est construction c/ SCI Les Terrasses d'Audun).

***Modèle type d'acte de caution (art. 1799-1 du Code civil)***

Modèle d'acte de « cautionnement garantissant le paiement des sommes dues à un entrepreneur par le maître de l'ouvrage au titre d'un marché de travaux privé (article 1799-1 du Code civil) » recommandé par la FBF, la FNTP et la FFB.

[Nom de la banque], [forme sociale], au capital de [……], dont le siège social est à [……] ayant pour numéro unique d'identification [……] RCS [……], représenté par [……] [et par [……]], agissant en qualité de [……], dûment habilité(s) à l'effet des présentes, ci-après dénommée la « Banque ».

Connaissance prise du marché de travaux privé, ci-après dénommé le « Marché », conclu le [……] entre [……] ci-après dénommé(e) l'« Entrepreneur », et [……], ci-après dénommé(e) le « Maître de l'Ouvrage », relatif à l'exécution de travaux consistant en [……] pour la somme de € [……] toutes taxes comprises (en chiffres et en lettres) correspondant au montant du Marché, Marché dont la copie a été remise à la Banque et en considération duquel, déduction faite des arrhes, acomptes et plus généralement de tous paiements déjà versés lors de sa conclusion, le Maître de l'Ouvrage reste devoir à l'Entrepreneur la somme de € [……] toutes taxes comprises (en chiffres et en lettres), ci-après dénommée le « Montant Garanti »,

ARTICLE 1 – ENGAGEMENT DE CAUTION -
Déclare se constituer caution solidaire du Maître de l'Ouvrage envers l'Entrepreneur à hauteur du Montant Garanti, soit de la somme maximum de € [……] (= dernier chiffre de l'exposé) toutes taxes comprises (en chiffres et en lettres) en application des dispositions de l'article 1799-1, alinéa 3, du Code civil pour le paiement des sommes dues par lui à l'Entrepreneur en application du Marché visé ci-dessus.

Le présent cautionnement ne garantit pas le paiement des pénalités ou indemnités pouvant être dues à l'Entrepreneur.

Le présent cautionnement ne s'applique pas aux sommes pouvant être dues par le Maître de l'Ouvrage à l'Entrepreneur au titre de travaux supplémentaires non visés par le Marché, sauf accord de la Banque résultant d'un avenant au présent cautionnement.

ARTICLE 2 – MISE EN JEU DU CAUTIONNEMENT – PAIEMENT PAR LA BANQUE -
Toute mise en jeu du présent cautionnement devra faire l'objet d'une lettre recommandée avec demande d'avis de réception adressée par l'Entrepreneur au domicile élu ci-après par la Banque.

Tout paiement par la Banque à l'Entrepreneur ne pourra intervenir que sur justification écrite par l'Entrepreneur :
1/ que sa créance est certaine, liquide et exigible, en remettant à la Banque :
– soit la ou les demande(s) de paiement mentionnant le décompte des sommes dues, validée(s), s'il y a lieu, par le maître d'œuvre, non contestée(s) par le Maître de l'Ouvrage assisté ou représenté, le cas échéant, par le mandataire de justice compétent, et restée(s) impayée(s) dans le délai contractuellement prévu pour le paiement,
– soit une décision passée en force de chose jugée,
ET
2/ que le Maître de l'Ouvrage est défaillant du fait :
– soit du non-paiement à la suite de la réception d'une lettre de mise en demeure adressée en recommandé avec demande d'avis de réception, demeurée sans effet pendant un délai de trente jours calendaires,

– soit, en cas de décision passée en force de chose jugée, d'un commandement de payer demeuré sans effet,
– soit de sa liquidation judiciaire.

Tout paiement effectué par la Banque en exécution du présent cautionnement réduira d'autant et définitivement le Montant Garanti.

ARTICLE 3 – SUBROGATION DE LA BANQUE -
Du fait de son paiement, la Banque se trouvera de plein droit subrogée dans tous les droits de l'Entrepreneur à l'encontre du Maître de l'Ouvrage, l'Entrepreneur renonçant à se prévaloir des dispositions de l'article 1252 du Code civil.

ARTICLE 4 – EXPIRATION DU CAUTIONNEMENT -
Le présent cautionnement cessera de produire ses effets sur production à la Banque d'une mainlevée par l'Entrepreneur ou d'un reçu pour solde de tout compte émanant dudit Entrepreneur.

En toute hypothèse, le présent cautionnement cessera de produire ses effets le [……], ci-après dénommé « Date d'Expiration », sauf réception préalable par la Banque d'une lettre recommandée avec demande d'avis de réception comportant opposition motivée de l'Entrepreneur.

Passé la Date d'Expiration, il ne pourra plus être fait appel au présent cautionnement tant au titre de l'obligation de couverture qu'à celui de l'obligation de règlement.

ARTICLE 5 – DROIT APPLICABLE -
Le présent cautionnement est soumis au droit français.

ARTICLE 6 – GARANTIE DES CAUTIONS -
Cet engagement est couvert par le mécanisme de garantie des cautions institué par l'article L. 313-50 du Code monétaire et financier.

ARTICLE 7 – ÉLECTION DE DOMICILE -
Dans le cadre du présent cautionnement, la Banque fait élection de domicile à l'adresse suivante :
[……].

Fait à [……] le [……]

10

# L'exécution du marché

## 1. Les obligations liées à l'exécution des travaux

### 1.1. Le rôle du maître d'ouvrage pendant l'exécution

Le maître d'ouvrage, pendant l'exécution du marché public ou privé, gère le marché :

- veille au respect des pièces contractuelles et procède à des contrôles ;
- délivre les ordres de service (OS) ou les bons de commande à l'entreprise ;
- surveille l'exécution des prestations sur le chantier ;
- procède à des constats d'événements (constat d'avancement des travaux, intempéries, etc.) ;
- contrôle le respect des délais, des phases techniques d'exécution. Si nécessaire, il accorde une prolongation de délais ;
- adresse à l'entreprise des mises en demeure pour lui rappeler ses obligations contractuelles ;
- prescrit des modifications en cours d'exécution ;
- applique les dispositions financières prévues dans le marché ;
- réceptionne les prestations.

### 1.2. Les obligations de l'entrepreneur liées à l'exécution des travaux

La principale mission de l'entreprise est une obligation matérielle d'exécution dont le contenu exact dépend du contrat et du corps d'état concerné.

Cela suppose l'exécution des OS, dans le respect des règles de l'art, avec un devoir de renseignement et de conseil, dans le respect des délais contractuels, et l'obligation de devoir supporter les risques jusqu'à la réception des travaux.

### 1.2.1. L'obligation d'exécuter les ordres de service (OS)

**L'entrepreneur doit réaliser l'ouvrage commandé en se conformant aux stipulations contractuelles**. Il engage sa responsabilité s'il y apporte des modifications unilatérales ou substitue un matériau ou un élément de construction à un autre (par exemple, remplace les tuyauteries cuivre initialement prévues par des tubes acier inadaptés, et ce même si la modification est demandée par le maître d'ouvrage, car il pèse sur l'entrepreneur une obligation de conseil qui doit l'amener à faire des réserves).

**L'OS traduit sur le chantier les obligations souscrites par l'entrepreneur dans le cadre de son marché**. Les OS sont la traduction en termes de chantier des stipulations contractuelles. L'entrepreneur doit les exécuter scrupuleusement. L'OS peut ordonner de commencer des travaux, modifier des prestations, exiger la production de documents, porter diverses injonctions (accélérer le rythme d'exécution).

**L'entrepreneur doit réaliser l'ouvrage dans le respect des OS**. En présence d'un architecte, l'entrepreneur se trouve placé sous son autorité hiérarchique. Il s'agit d'une hiérarchie à la fois technique et juridique. La conduite de l'opération de construction relève du maître d'œuvre et l'entrepreneur est tenu de se conformer aux instructions techniques du maître d'œuvre, sauf lorsqu'il doit faire jouer son obligation de conseil (cf. *infra*). Les OS que le maître d'œuvre adresse à l'entrepreneur pour le compte du maître d'ouvrage concrétisent cette hiérarchie du maître d'œuvre sur l'entrepreneur.

Une entreprise a mal apprécié les quantités nécessaires à la réalisation des travaux et s'aperçoit qu'elle s'est trompée sur son devis. Elle abandonne le chantier et rompt le marché. Le maître d'ouvrage demande un dédommagement. L'entrepreneur prétend que l'architecte a commis des erreurs. **Les juges déclarent que l'entreprise devait s'assurer que ses devis étaient conformes aux prescriptions techniques. La responsabilité de la rupture incombe à l'entreprise**. En l'espèce, l'entreprise a accepté le marché sans demander de documents ni d'étude complémentaires. Elle n'a pu se méprendre sur l'étendue de ses engagements. Aucune faute du maître d'œuvre n'a été établie et ne peut exonérer l'entreprise de sa responsabilité (Cass. 3e civ., 22 octobre 2008, SCI FINIM Méditerranée c/ RPR).

**L'OS répond, le plus souvent, à un certain formalisme**. Il est logique que tous les OS dont l'exécution est liée à un délai par les pièces du marché soient adressés à l'entrepreneur par lettre recommandée avec avis de réception (ou par tout autre moyen conférant date certaine).

**Lorsque le marché fait référence au CCAG Travaux**. En marchés publics se référant au CCAG Travaux 2009 (article 3.8), les OS sont écrits, signés par le maître d'œuvre, datés, numérotés, et le titulaire en accuse réception datée.

**Lorsque le marché fait référence à la norme Afnor NF P 03-001**. La norme définit, dans son article 3.2.19 de l'édition 2000, l'OS comme étant un document écrit, numéroté (signé et daté), par lequel le maître d'œuvre ordonne à l'entrepreneur de prendre telle disposition entrant dans le cadre des obligations de son marché.

**Lorsque le marché ne fait référence ni à la norme Afnor NF P 03-001 ni au CCAG Travaux**. Il y a lieu de lire le contrat, le cahier des clauses administratives particulières (CCAP) et de vérifier les hypothèses expressément prévues dans lesquelles le maître d'œuvre peut émettre des OS et dans lesquelles l'entrepreneur a un temps déterminé pour faire les réserves par écrit, sous peine de forclusion.

**Toutefois, en ce qui concerne les marchés à forfait** (publics ou privés), le paiement des travaux supplémentaires nécessite impérativement (sauf clause différente du marché) un

accord écrit préalable sur le montant du devis du client (et non du maître d'œuvre) autorisant l'entrepreneur à réaliser les travaux supplémentaires. Dans un marché forfaitaire (cf. *infra*), l'entrepreneur ne devra jamais exécuter de travaux modificatifs ou supplémentaires sans commande écrite préalable du client définissant leur nature et leur prix. L'OS du maître d'œuvre sera sans effet, sauf si celui-ci détient un mandat du maître d'ouvrage, ce qui est rarissime. En conséquence, pour avoir une valeur juridique, l'OS commandant des travaux supplémentaires doit être contresigné par le maître d'ouvrage.

**Le titulaire d'un marché doit se conformer à une mise en demeure, même si celle-ci lui semble incompatible avec le respect des règles de l'art**. La cour administrative d'appel de Bordeaux a considéré qu'une entreprise « *en ne respectant pas l'ordre de service qui lui avait été donné et en suspendant les travaux, a gravement manqué à ses obligations contractuelles* ». La Cour ajoute que « *pour s'exonérer de la faute qu'elle a ainsi commise, elle ne peut utilement se prévaloir de la circonstance de ce qu'elle ne pouvait exécuter les travaux dans les règles de l'art* ». La cour en conclut que le recteur de l'académie de Bordeaux était en droit de prononcer à ses frais et risques la résiliation du marché, en application de l'article 49 du CCAG applicable en l'espèce (CAA Bordeaux, 7 avril 2011, Société Pau peintures).

**Obligation de renseignement de l'entreprise**. L'entrepreneur doit se renseigner sur la destination du local dans lequel il exécute des travaux pour aviser le maître d'ouvrage des problèmes susceptibles de surgir et des précautions à prendre (Cass. 3e civ., 3 novembre 2011). Mais l'entreprise n'a pas l'obligation de procéder à des investigations destructives en raison de la présence d'un carrelage, le maître d'ouvrage l'ayant assuré que la dalle construite par un tiers présentait une étanchéité suffisante (Cass. 3e civ., 21 septembre 2011).

**L'émission de réserves**. Que le marché soit soumis ou non à la norme Afnor NF P 03-001 ou au CCAG Travaux, l'entrepreneur doit réfléchir sur les conséquences directes ou indirectes qui peuvent résulter d'un OS pour faire éventuellement des réserves sur cet OS ou sur tous incidents survenus lors de l'exécution des travaux. Chaque fois que l'entrepreneur se trouve en présence d'une situation anormale ou d'un OS non conforme à ses obligations contractuelles ou aux règles de l'art, il doit émettre des réserves. Cela fait partie du **devoir de conseil** de l'entreprise (cf. *infra*).

**Les demandes de l'entreprise sont rejetées si elle ne fait pas de réserves sur un OS dans les délais contractuels** (CAA Versailles, 28 novembre 2006, Société d'installations électriques Viroulet-Roger ; et CAA Nancy, 28 mai 2009, SARL Tripé-Fénard).

**Quand faut-il faire des réserves ?** Il y a lieu de faire des réserves en cas de retard dans la délivrance d'un OS, de produit jugé inadéquat, de retards d'exécution d'autres corps d'état se traduisant par un décalage dans l'exécution de ses propres travaux et risquant d'entraîner l'application de pénalités de retard, de commande verbale de travaux supplémentaires ou sans contreseing par le maître d'ouvrage de l'OS.

**Lorsque les réserves ne sont pas prises en compte, l'entrepreneur peut-il refuser d'exécuter des OS considérés comme abusifs ?** Tout dépend des conséquences de l'ordre défectueux. S'il doit compromettre réellement la destination ou la solidité de l'ouvrage ou bien présenter des dangers pour la sécurité des personnes ou être contraire aux règles de l'art, l'entrepreneur doit refuser d'exécuter l'OS et, éventuellement, de poursuivre l'exécution des travaux. En conséquence, même si le maître d'ouvrage et le maître d'œuvre lui confirment par écrit, suite aux réserves formulées, d'exécuter les travaux, l'entrepreneur risque d'être considéré comme responsable. En règle générale, l'immixtion du maître d'ouvrage n'exonère partiellement l'entrepreneur de sa responsabilité que lorsque deux conditions sont réunies : le

maître d'ouvrage est notoirement compétent et son intervention s'est manifestée par un ordre fautif refusant de prendre en compte les réserves expresses et précises de l'entrepreneur.

Trois cas permettent le refus d'exécuter un OS :

- l'article 15.2.2 du CCAG Travaux 2009 autorise le **refus d'exécuter des travaux qui excèdent le dixième de la masse initiale des travaux** ;
- l'article 46.2.1. du CCAG Travaux 2009 permet à l'entrepreneur d'obtenir la résiliation du marché si, alors que le marché stipule que **les travaux doivent commencer sur un OS, cet ordre n'a pas été notifié dans le délai contractuel** (ou après six mois à défaut de délai contractuel) ;
- l'article 49.2 du CCAG Travaux 2009 permet à l'entrepreneur d'interrompre les travaux lorsqu'il n'est **pas payé pendant plusieurs mois** et qu'il observe le formalisme décrit dans l'article.

En dehors des cas limitativement prévus par le contrat, l'entrepreneur ne peut refuser d'exécuter les OS.

### 1.2.2. Respect des règles de l'art et obligation de conseil

**L'entrepreneur est tenu à une obligation de résultat. À ce titre, il est tenu de livrer un équipement conforme au cahier des charges et exempt de vices ou de malfaçons**. Il doit non seulement exécuter l'ouvrage tel que décrit dans le CCAP et dans le cahier des clauses techniques particulières (CCTP), mais il doit le réaliser en conformité avec les règles de l'art. À ce titre, il doit également conseiller le maître d'ouvrage.

**Le respect des règles de l'art**. Le principe de l'exécution conforme des plans, devis et OS trouve sa mesure et ses limites dans la compétence de l'entrepreneur, le respect des règles de l'art en général et l'obligation de conseil de l'entrepreneur. L'entrepreneur n'est pas et ne doit pas être, en effet, « un instrument passif entre les mains de l'architecte », et il lui appartient, dans les limites de sa compétence, dans le cadre de sa double obligation de conseil et de respect des règles de l'art, d'appeler l'attention de l'architecte et du maître d'ouvrage sur les insuffisances et défauts des plans, comme sur les inconvénients des ordres reçus, et au besoin de se refuser à contracter ou à exécuter les travaux prescrits.

**L'obligation de respecter les règles de l'art est constamment sanctionnée par la jurisprudence**, qui l'érige en principe majeur.

**Les règles de l'art ne font l'objet d'aucune codification** particulière et unique, mais contiennent le savoir-faire attendu de l'entrepreneur dans sa sphère habituelle de compétence. Le contenu des règles de l'art n'est pas toujours facile à déterminer, car ces règles sont contenues dans des textes souvent divers et quelquefois contradictoires. Leur respect ne peut constituer en soi une cause étrangère exonératoire de la responsabilité de l'entrepreneur envers le maître d'ouvrage. Toutefois, des réserves expresses peuvent, dans certains cas, aboutir à le décharger, totalement ou partiellement, de sa responsabilité.

**Les règles de l'art peuvent, sur certains points, être contenues dans des documents normes NF-DTU**. Ces documents de référence applicables aux marchés de travaux de bâtiment portent codification, par secteur, des règles de l'art (savoir-faire habituels qu'un maître d'ouvrage est en droit d'attendre des professionnels). Ces documents ont, dans leur quasi-totalité, acquis le statut de normes Afnor (on parle alors des NF-DTU). Une fois homologués par le directeur général de l'Afnor, ils sont référencés au *Journal officiel*. Lorsque les contrats

obéissent à la norme NF P 03-001, ils sont de ce fait soumis à l'obligation de respecter les DTU. La norme précise que ces documents n'ont pas à être matériellement joints aux pièces du marché, car ils sont supposés connus des parties.

**La violation des règles de l'art**. Le respect des règles de l'art par les différents constructeurs doit normalement conduire à la réalisation d'un ouvrage exempt de malfaçons, apte à résister à l'épreuve du temps, au moins pendant les garanties décennale et de bon fonctionnement. La violation des règles de l'art pourra, par exemple, être constituée par une conception ou une exécution défectueuse, une conception ou une exécution impliquant des dommages ou dangers dans l'utilisation des ouvrages, l'absence de prévision et, par conséquent, d'exécution d'une partie d'ouvrage ou d'un élément d'équipement nécessaire cependant à la perfection de l'ouvrage.

**Le respect des règles de l'art se heurte souvent au problème de l'économie réalisée par le maître d'ouvrage sur le prix de l'ouvrage**. C'est au moment de fixer le montant des réparations que se pose le problème de l'étendue de la réparation, car il est évident que si la partie d'ouvrage ou l'élément d'équipement avait été prévu à l'origine et réalisé, le maître d'ouvrage en aurait acquitté le prix. Le choix d'économie fait par le maître d'ouvrage n'est pas constitutif en soi d'une faute de sa part, et le constructeur ne saurait s'exonérer de ses obligations pour la seule raison que le maître d'ouvrage a choisi la solution la plus économique parmi celles proposées.

**Mais une recherche excessive d'économie par le maître d'ouvrage, malgré des mises en garde précises et répétées de l'entrepreneur, constitue une prise de risque qui peut atténuer, voire supprimer, la responsabilité de l'entrepreneur**. Il se peut que l'économie aille trop loin, qu'elle soit faite au mépris des règles de l'art ou, plus généralement, que les choix du maître d'ouvrage soient incompatibles avec les règles de l'art. Dans ce cas, l'entrepreneur doit, en vertu de son devoir de conseil, appeler l'attention du maître d'ouvrage sur les inconvénients des solutions envisagées en émettant des réserves formelles et préalables et, éventuellement, refuser ses services.

La 3e chambre civile de la Cour de cassation admet même dans une espèce que l'acceptation des risques par le maître d'ouvrage limite la responsabilité des constructeurs, sans exiger que le maître d'ouvrage soit notoirement compétent s'il est informé des conséquences de son choix (Cass. 3e civ., 9 juin 1999, Syndicat du domaine de Saint-Louis).

**L'entrepreneur doit exécuter les travaux supplémentaires qu'exige le respect des règles de l'art, même sans OS**.

Les travaux supplémentaires doivent être réalisés même sans OS dès lors qu'ils « *sont indispensables à la réalisation de l'ouvrage dans les règles de l'art* » (CE, 14 juin 2002, Ville d'Angers ; CE, 11 mars 2009, Société Dominique Housieaux). En marchés publics, les travaux supplémentaires (indispensables pour respecter les règles de l'art) doivent donner lieu à rémunération, même si aucun OS n'a été délivré au préalable.

**Une obligation de renseignement et de conseil**. Au-delà de l'obligation de faire à laquelle tout locateur d'ouvrage est tenu, l'entrepreneur, comme l'architecte ou tout autre professionnel, est tenu d'une obligation de renseignement et de conseil en raison de sa compétence et de sa spécialisation professionnelle. Le devoir de conseil ne trouve pas ses sources dans un texte, même si l'on peut néanmoins viser l'article 1135 du Code civil, mais dans une construction jurisprudentielle. Dans ce cadre, l'entrepreneur ne peut dégager sa responsabilité en arguant que sa mission ne comporte que l'obligation d'exécuter un ouvrage exempt de vices,

au prix et dans les délais convenus. L'obligation de conseil est une obligation accessoire en vertu de laquelle les constructeurs sont tenus de signaler au maître d'ouvrage les risques et inconvénients présentés par la construction. Cela oblige l'entrepreneur à ne pas rester cantonné dans le cadre strict de son marché mais à prendre toutes initiatives utiles à la qualité de l'ouvrage.

C'est une sorte de sanction d'une attitude passive.

**Le devoir de conseil porte sur tous les aspects de l'opération et notamment sur les risques du sol, la réglementation applicable, la conception**. L'entrepreneur doit avertir le maître d'ouvrage sur tous les aspects de l'opération considérée. Le devoir de conseil porte sur les risques du sol, sur la réglementation applicable, en appoint du maître d'œuvre, sur la conception, la solidité douteuse d'un faux plancher, l'impossibilité d'un remontage à l'identique de bâtiments, sur les suites de la construction, comme la possibilité d'actes de malveillance ou les modalités d'entretien de sols telles qu'indiquées par le fabricant. Le devoir de conseil dû au maître d'ouvrage s'étend aux risques présentés par la réalisation de l'ouvrage envisagé, eu égard, en particulier, à la qualité des existants sur lesquels l'entrepreneur intervient, ce qui doit éventuellement l'amener à refuser l'exécution de travaux dépassant ses capacités.

Tous les aspects de la construction sont visés :

- **les existants** (Cass. 3e civ., 15 décembre 1993 ; 21 février 1995 ; 22 juillet 1998) ;
- **les risques du sol** (Cass. 3e civ., 11 mars 1998 ; 17 février 1999) ;
- **les matériaux** (Cass. 3e civ., 20 juin 1995 ; 30 juin 1998) ;
- **l'état de la réglementation** (Cass. 3e civ., 11 mai 1994 pour les règles d'urbanisme ; 16 juillet 1996 pour le permis de construire ; 17 mars 1999 pour le défaut d'implantation de construction) ;
- **la conception des ouvrages** (Cass. 3e civ., 3 juin 1988 pour une insuffisance de travaux ; 30 mars 1989 pour la nécessité d'une étanchéité) ;
- **le coût de la construction** (Cass. 3e civ., 20 novembre 1991 pour une erreur flagrante d'évaluation du coût) ;
- **les défauts de sécurité** (Cass. 3e civ., 8 octobre 1997 même si le maître d'ouvrage se réserve l'exécution de certains travaux).

**Au titre du devoir de conseil, l'entrepreneur doit refuser d'exécuter certains travaux**. Après un décès consécutif à une chute sur le plan incliné d'une copropriété, la responsabilité du syndicat des copropriétaires est recherchée. Il appelle en garantie l'entreprise réalisatrice. Les juges relèvent que la rampe destinée à une large utilisation, en priorité par les personnes âgées, était démunie d'un garde-corps sur la longueur du plan incliné et présentait un danger potentiel. L'entreprise devait tenir compte de ces éléments dans la réalisation, solliciter toutes précisions complémentaires et refuser d'exécuter les travaux commandés en raison de la dangerosité potentielle de l'ouvrage. En conséquence, la société est partiellement responsable, pour manquement à son devoir de conseil à l'égard du syndicat de copropriétaires (Cass. 3e civ., 9 juillet 2013).

La Cour de cassation énonce qu'il appartient au constructeur, en sa qualité de professionnel, de faire des travaux conformes aux règles de l'art et d'accomplir son travail avec sérieux, mais également de refuser d'exécuter les travaux qu'il avait inefficaces (Cass. 3e civ., 21 mai 2014).

**Retard de l'entrepreneur à signaler un vice de conception : circonstance insuffisante pour engager sa responsabilité au titre de son devoir de conseil**. La jurisprudence a géné-

ralement tendance à adopter une conception large du devoir de conseil de l'entrepreneur, ce qui conduit le juge à retenir sa responsabilité dans des hypothèses où les désordres sont essentiellement et directement imputables à un autre constructeur. L'intérêt d'un arrêt rendu par la cour de Nancy est d'aller quelque peu à contre-courant de cette tendance. En l'espèce, il était reproché à l'entreprise qui était chargée de l'installation de ventilateurs d'avoir informé avec retard le maître d'œuvre et l'entreprise chargée du lot électricité de la nécessité de modifier la puissance desdits ventilateurs pour atteindre le résultat fixé par le marché en matière de désenfumage. La cour écarte néanmoins la responsabilité de l'entreprise après avoir relevé que l'insuffisance des ventilateurs trouve son origine dans un défaut de conception de la maîtrise d'œuvre en phase d'élaboration du dossier de consultation et que celle-ci a fait preuve de carence dans le contrôle de l'exécution des marchés (CAA Nancy, 18 octobre 2007, Centre hospitalier Sélestat c/ société Stihle Frères).

**Envers qui doit s'exercer le devoir de conseil de l'entrepreneur ?** Si le créancier naturel de l'obligation de conseil est bien le maître d'ouvrage, la jurisprudence pose en fait le principe d'une obligation aussi bien à l'égard de l'architecte ou du maître d'œuvre en général que du maître d'ouvrage ou de tout autre intervenant. Mais le devoir de conseil diffère suivant l'interlocuteur et surtout varie en fonction de la compétence de cet interlocuteur.

**L'obligation de conseil de l'entrepreneur est renforcée en l'absence de maître d'œuvre**. L'entrepreneur doit alors, par ses conseils, suppléer l'absence de maître d'œuvre. Toutefois, l'obligation de conseil ne saurait être retenue si le maître d'ouvrage lui cache délibérément certains éléments, par exemple s'il n'a pas fourni les plans de géomètre en sa possession alors qu'il avait connaissance de l'existence d'accords anciens sur les limites de propriété. Elle ne joue pas non plus à l'égard de faits qui sont de la connaissance de tous ou à la portée d'un maître d'ouvrage compétent : le maître d'ouvrage doit savoir que ses exigences nouvelles et changeantes ainsi que de multiples adjonctions et transformations entraîneront une augmentation du coût des travaux. Si l'entrepreneur estime que ses compétences sont insuffisantes pour assurer seul cette obligation, il doit demander au maître d'ouvrage de prendre un maître d'œuvre ou un contrôleur technique. À défaut, sa responsabilité contractuelle pourrait être engagée (Cass. 3e civ., 6 janvier 1994 ; CA Paris, 24 février 1999, SCI Le Clos fleuri d'Épinay c/ Praudel).

C'est **au moment de la conclusion du marché**, lorsqu'il établit son devis, que l'entrepreneur doit informer le client et l'inviter à adapter ou modifier son projet (Cass. 3e civ., 18 novembre 2008, Mme X c/ M. Y).

**Le devoir de conseil joue aussi à l'égard du maître d'œuvre**. L'entrepreneur a, en effet, un devoir de vérification et de contrôle des plans de l'architecte qu'il peut, au besoin, refuser. Il doit relever toute violation des règles de l'art que sa compétence lui permet de découvrir, comme par exemple une insuffisance des fondations, les inconvénients d'un procédé, les problèmes techniques susceptibles de surgir.

**Le devoir de conseil s'étend également aux professionnels entre eux dès lors que le travail de l'un dépend du travail de l'autre**. Il s'agit d'une obligation de renseignement (Cass. 3e civ., 31 janvier 2007, Société Schuco International).

Un **sous-traitant** peut même se voir reprocher de n'avoir pas émis de réserves à l'égard de certaines décisions de l'entrepreneur principal. En outre, l'entreprise principale doit conseiller le maître d'ouvrage. Lorsque le sous-traitant et l'entreprise principale manquent à cette obligation, la charge de la réparation est répartie entre eux (Cass. 3e civ., 27 mars 2007, Société Bettiol c/ société BETC).

De même, dans un autre arrêt, la Cour de cassation considère qu'une entreprise spécialisée dans le montage devait se rendre compte du caractère inadapté des matériels fournis. **En les mettant en œuvre sans exprimer d'objection ou de réserve à leur sujet, elle a manqué à son obligation de conseil envers le concepteur et, de ce fait, engage sa responsabilité contractuelle** à l'égard de cette dernière et sa responsabilité quasi délictuelle envers les sociétés maîtres d'ouvrage (Cass. 3e civ., 30 janvier 2008, Société jurassienne c/ Baticoncept).

**L'exercice du devoir de conseil se concrétise principalement par l'expression de réserves**. À défaut, la responsabilité contractuelle de l'entrepreneur pourrait être engagée. C'est pourquoi il importe de se ménager des preuves écrites de la formulation de conseils (Cass. 3e civ., 6 février 1994 ; CA Paris, 24 février 1999, SCI Le Clos fleuri d'Épinay c/ Praudel).

#### *Comment faire des réserves ?*

**La forme du devoir de conseil : l'émission de réserves**. Le devoir de conseil qui incombe à l'entrepreneur peut prendre la forme d'un renseignement, d'un avertissement, d'un conseil, d'une mise en garde ou toute autre forme. Il s'agit, en réalité, d'attirer l'attention des personnes intéressées sur les conséquences fâcheuses qui pourraient découler de telle situation, de tel choix ou de telle décision. L'entrepreneur doit prendre parti, réagir, voire agir. Le devoir de conseil ne résulte d'aucun texte. Pour l'entreprise, il n'existe ni code des devoirs professionnels ni texte mentionnant son obligation de conseil. Ce devoir de conseil ne découle pas davantage des stipulations contractuelles, bien que parfois certains contrats le prévoient expressément. Il part de l'idée que le maître d'ouvrage est dépourvu d'expérience face au constructeur, qui est un professionnel. Cette obligation constitue un exemple type de création jurisprudentielle dont les applications font une large place à des considérations pratiques plutôt qu'à la recherche de solutions juridiques. C'est à travers la jurisprudence que l'on peut donc, peu à peu, connaître des applications du devoir de conseil.

**Dans les marchés privés** se référant à la norme NF P 03-001, si l'entrepreneur estime que l'OS est contraire à ses obligations contractuelles ou les excède :

- il doit formuler ses réserves ;
- dans un délai de quinze jours ;
- par un écrit daté et signé (lettre recommandée AR) ;
- au maître d'ouvrage avec copie au maître d'œuvre et, le cas échéant, au bureau d'études.

**Dans les marchés publics** se référant au CCAG Travaux 2009, lorsque l'entrepreneur estime que les prescriptions d'un OS appellent des réserves de sa part, il doit, sous peine de forclusion :

- les présenter par écrit au maître d'œuvre ;
- dans un délai de quinze jours ;
- partant au lendemain du jour de réception.

**Dans tous les cas**, l'entrepreneur doit :

- garder copie de toutes ses réserves ;
- les classer par marché ;
- pour le règlement du solde du marché et pour un contentieux éventuel.

Il est indispensable de faire des réserves :

- face à une situation anormale ;

- ou à un OS non conforme aux obligations contractuelles ;
- ou non conforme aux règles de l'art.

Il peut s'agir :
- de retards d'exécution pris par les corps d'état situés « en amont » ;
- de matériaux exigés inadéquats ;
- d'une commande de travaux supplémentaires sans contreseing de l'OS par le client, ou sans accord sur le prix ;
- de supports défectueux ;
- ou d'un préjudice subi par l'entreprise (bouleversement de l'économie du marché ou désorganisation du chantier).

En conséquence, il est très important, avant de signer ou de faire signer un OS, de prendre le temps de la réflexion sur les conséquences directes ou indirectes qui peuvent en résulter, pour formuler éventuellement des réserves.

**En cas de sous-traitance** : seul l'entrepreneur principal a qualité pour présenter les réserves.

**En cas d'entrepreneurs groupés** : seul le mandataire a qualité pour présenter des réserves.

### 1.2.3. Obligation de respecter les délais

Le marché prévoit le plus souvent un délai de préparation du chantier et un délai global d'exécution, et les documents généraux mentionnent des règles générales de décompte des délais et de transmission des documents.

Les délais peuvent naturellement être modifiés par avenant, ce qui supprime l'application des sanctions le plus souvent prévues pour assurer leur respect.

En dehors des cas où les délais sont suspendus avec l'accord du maître d'ouvrage, l'entrepreneur n'est exonéré de leur respect, sauf clause contraire, que dans les hypothèses classiques de force majeure, du fait d'un tiers ou de modification du contrat.

#### *1. Le délai d'exécution*

**Le planning d'exécution**. Il est nécessaire que l'entrepreneur lise les clauses contractuelles du marché afin de voir si un délai d'exécution est prévu, si un planning d'exécution de ses travaux est cité comme document contractuel ou s'il doit signer le planning plus tard.

Le planning d'exécution des travaux n'est contractuel que s'il est cité comme document contractuel dans les pièces contractuelles du marché (cf. marché, contrat, devis, CCAP…) ou s'il est signé par l'entreprise.

**Le délai de réalisation dans la norme Afnor NF P 03-001**. L'article 10.1 de la norme – pour les marchés qui s'y réfèrent expressément – prévoit que le délai de réalisation comprend une période de préparation suivie d'une période d'exécution. Sauf dispositions différentes des documents particuliers du marché, le délai de réalisation commence le lendemain du jour de la notification à l'entrepreneur de la conclusion du marché. La période de préparation est de trois mois, sauf dispositions particulières du marché ; elle ne peut, en tout état de cause, pas être inférieure à un mois quand il y a obligation d'un plan particulier de sécurité et protection de la santé (PPSPS), le délai ne courant qu'après réception par l'entrepreneur du plan général de coordination (PGC). La période d'exécution suit la période de préparation. Toutefois,

dans le cas où les documents particuliers du marché prévoient que l'origine de la période d'exécution est fixée par OS, contresigné par le maître d'ouvrage, l'OS doit être notifié au minimum quinze jours avant la date fixée comme origine de la période d'exécution et correspondre au calendrier général.

**Le délai de réalisation dans le CCAG Travaux**. L'article 19.1 du CCAG (2009) indique que le délai d'exécution du marché comprend la période de préparation et le délai d'exécution des travaux, et qu'un ordre de service précise la date à partir de laquelle démarre la période de préparation. Il ajoute que le délai d'exécution des travaux est celui imparti pour la réalisation des travaux incombant au titulaire, y compris le repliement des installations de chantier et la remise en état des terrains et des lieux. Là encore, un ordre de service précise la date à partir de laquelle démarre le délai d'exécution des travaux.

L'article 28.1 précise que si les documents particuliers du marché prévoient une période de préparation pendant laquelle, avant l'exécution des travaux, certaines dispositions préparatoires doivent être prises et certains documents nécessaires à la réalisation des ouvrages doivent être établis, **cette période est incluse dans le délai d'exécution du marché et a une durée de deux mois**. La durée de la période de préparation peut être prolongée par ordre de service, sauf si la raison du retard éventuel est imputable au titulaire. L'ordre de service prolonge le délai d'exécution de la même durée.

**Date limite d'intervention**. En marchés privés, les professionnels, avec un consommateur, doivent faire figurer dans leurs contrats, devis en particulier, de manière lisible et compréhensible, la date ou le délai dans lequel ils s'engagent à exécuter le service (L. 111-1 du Code de la consommation).

**L'entrepreneur doit terminer ses travaux sans retard injustifié**. Il arrive que les contrats ne mentionnent pas de délai d'exécution. En vertu de son obligation générale de bonne foi, l'entrepreneur doit terminer les travaux sans retard injustifié : « **À défaut d***'indication ou d'accord quant à la date de livraison ou d'exécution, le professionnel livre le bien ou exécute la prestation sans retard injustifié et, au plus tard, trente jours après la conclusion du contrat* » **(article L. 138-2 du Code de la consommation).**

**Obligation de livrer les travaux dans un délai raisonnable**. La Cour de cassation considère que viole les dispositions de l'article 1147 du Code civil la cour d'appel qui, pour débouter le maître d'ouvrage de sa demande d'indemnisation au titre du préjudice consécutif au retard d'exécution reproché à l'entrepreneur, retient que les devis ne mentionnaient aucun délai d'exécution et qu'aucun planning n'avait été fixé, sans rechercher si l'entrepreneur, infructueusement mis en demeure par le maître d'ouvrage, avait manqué à son obligation de livrer les travaux dans un délai raisonnable : « *En statuant ainsi, sans rechercher comme il le lui était demandé, si l'entrepreneur, infructueusement mis en demeure par le maître d'ouvrage, avait manqué à son obligation de livrer les travaux dans un délai raisonnable, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* » (Cass. 3e civ., 16 mars 2011, Beaunez c/ Raulot).

#### *2. La prolongation du délai d'exécution*

##### *Les journées d'intempéries*

La norme Afnor NF P 03-001, pour les marchés qui s'y réfèrent expressément, précise dans son article 10.3.1.1 que le délai est prolongé de la durée des journées d'intempéries et que sont comptées comme journées d'intempéries celles où le travail est arrêté conformément aux

dispositions du Code du travail, ainsi que celles pour lesquelles une impossibilité technique à poursuivre les travaux a été validée par le maître d'œuvre.

La prolongation du délai d'exécution en raison d'intempéries est également expressément prévue à l'article 19.2.3 du CCAG Travaux 2009, pour les marchés publics qui s'y réfèrent, qui précise que dans le cas d'intempéries au sens des dispositions législatives ou réglementaires en vigueur, entraînant un arrêt de travail sur les chantiers, les délais d'exécution des travaux sont prolongés. Cette prolongation est notifiée à l'entrepreneur par un OS qui en précise la durée, laquelle est égale au nombre de journées réellement constaté au cours desquelles le travail a été arrêté du fait des intempéries conformément auxdites dispositions, en défalquant, s'il y a lieu, le nombre de journées d'intempéries prévisibles indiqué au CCAP.

Le Code de travail (art. L. 5424-8) donne la définition des intempéries au sens de la norme Afnor et du CCAG :

> *Sont considérées comme intempéries les conditions atmosphériques et les inondations lorsqu'elles rendent effectivement l'accomplissement du travail dangereux ou impossible eu égard, soit à la santé ou à la sécurité des salariés, soit à la nature ou à la technique du travail à accomplir.*

Ainsi, le gel, le verglas, la pluie, la neige, les inondations et le grand vent ne sont des intempéries que dans la mesure où ils rendent réellement le travail impossible ou dangereux. Pour les marchés qui ne se réfèrent ni à la norme Afnor ni au CCAG Travaux, il y a lieu de lire les pièces contractuelles du marché afin de savoir comment sont prises en compte les intempéries pour calculer la prolongation du délai d'exécution.

#### *La durée des empêchements de force majeure*

Pour les marchés qui se réfèrent à la norme Afnor, son article 10.3.1.2 précise que le délai est prolongé de la durée des empêchements de force majeure, des jours fériés ou chômés inhabituels, des jours de grève générale de la profession ou des corps d'état ou secteurs d'activité dont les travaux de l'entrepreneur dépendent, au lieu d'exécution des travaux, à l'exclusion des jours de grève propres à l'entreprise en particulier.

Pour les marchés qui ne se réfèrent pas à la norme Afnor, il y a lieu de lire les pièces contractuelles du marché afin de savoir comment sont prises en compte ces situations pour calculer la prolongation du délai d'exécution.

#### *Modification de travaux et travaux imprévus*

Le délai d'exécution peut être également modifié en cas d'augmentation de la masse des travaux, de diminution de la masse des travaux, de changement dans la nature des travaux ou en cas de travaux effectués en conséquence d'une injonction administrative, de travaux urgents intéressant la stabilité ou de travaux en dépenses contrôlées. L'entrepreneur devra demander une prolongation du délai d'exécution et justifier sa demande.

#### *Retard de paiement du maître d'ouvrage*

Dans les marchés privés, l'entrepreneur peut suspendre les travaux en cas de non-respect des délais de paiement, après mise en demeure infructueuse au bout de quinze jours (article L. 111-3-1 du Code de la construction et de l'habitation). Dans ce cas, le maître d'ouvrage est responsable des conséquences de toute interruption résultant de la non-observation de ses

obligations et, en particulier, des répercussions qu'elle pourrait avoir sur l'exécution des travaux des autres corps d'état.

*Défaut de fourniture d'une garantie de paiement à l'entrepreneur*

L'article 1799-1 du Code civil oblige le maître d'ouvrage qui conclut un marché privé d'un montant supérieur à 12 000 € (déduction faite des arrhes et des acomptes à la commande) à en garantir le paiement à l'entrepreneur par le versement du crédit spécifique travaux, une stipulation particulière ou la remise d'une caution bancaire ; tant qu'aucune garantie n'a été fournie, l'entrepreneur peut surseoir à l'exécution du contrat après mise en demeure restée sans effet à l'issue d'un délai de quinze jours. De fait, le délai d'exécution pourra être prolongé de l'incidence de la durée de la mise en place de la garantie de paiement qui, rappelons-le, aurait dû être fournie à la signature du contrat.

*Retard dans les formalités ou OS*

Le maître d'ouvrage supporte vis-à-vis de l'entrepreneur les conséquences des retards non imputables à l'entrepreneur, notamment s'ils résultent de retards apportés à l'accomplissement des formalités administratives qui incombent au maître d'ouvrage, d'OS ayant pour effet de ralentir ou de suspendre les travaux, sauf si ces OS sont motivés par une mauvaise exécution de ceux-ci, et de défaut d'OS si l'entrepreneur les a demandés par écrit ou en a fait constater le défaut.

*Décès ou résiliation du marché d'un des entrepreneurs groupés*

Le délai d'exécution peut également être prolongé de l'incidence de la durée de la mise en place d'un dispositif permettant de remplacer un entrepreneur décédé ou défaillant.

### *3. Les pénalités en cas de retard dans l'exécution*

*Généralités*

Les pénalités pour retard constituent des sanctions forfaitaires. Elles doivent être prévues par des clauses contractuelles (dites « clauses pénales »). Elles sont calculées par jour calendaire de retard ou proportionnellement au montant du marché. Les règles concernant les pénalités de retard découlent des clauses du contrat et souvent de ses conditions particulières. C'est donc dans les clauses particulières (CCAP ou cahier des prescriptions spéciales [CPS]) du marché relatives à une opération donnée qu'il convient de rechercher la commune intention des parties.

*Taux*

Il peut être variable en fonction de l'intérêt plus ou moins grand du maître d'ouvrage d'obtenir l'ouvrage en temps voulu. Le taux est fixé soit par jour calendaire en millièmes du montant du marché – c'est le cas des marchés qui font référence à la norme Afnor (art. 9.5) qui fixe le taux de la pénalité journalière à 1/1000 du montant du marché et de ceux qui se réfèrent au CCAG Travaux (2009) qui fixe le taux de la pénalité journalière à 1/3000 du montant du marché – soit forfaitairement, par exemple, 75 ou 150 € par jour de retard.

*Plafond*

Il doit être prévu contractuellement. Pour éviter d'affecter gravement l'équilibre financier du marché, l'entrepreneur doit essayer d'obtenir un plafonnement de ces pénalités qui, le plus

fréquemment, est fixé à 5 % du montant du marché. Aucune disposition en ce sens n'était prévue dans la norme NF P 03-001 avant l'édition de décembre 2000. Dans cette dernière édition, il est prévu à l'article 9.5 (pour les marchés qui s'y réfèrent expressément) que le montant des pénalités est plafonné à 5 % du montant du marché.

*Date d'application des pénalités*

Souvent, les pénalités de retard commencent à courir le premier jour de retard enregistré sur le délai contractuel d'exécution sans qu'une mise en demeure soit adressée à cet effet à l'entreprise (Cass. 3e civ., 9 juin 1999, Société Miroiterie Philippot, où la Cour de cassation confirme que le maître d'ouvrage n'est pas tenu de mettre en demeure l'entreprise à l'arrivée du terme convenu entre les parties). Encore faut-il qu'un délai contractuel d'exécution ait été fixé initialement, éventuellement modifié par avenants accordant des prolongations du délai. Toutefois, la norme NF P 03-001 ayant fixé un taux de pénalité élevé (1/1000), elle impose pour son application une mise en demeure préalable (art. 9.5).

Le CCAG Travaux (2009), dans son article 20.1, fixe le taux des pénalités de retard à 1/3000 du montant hors taxes de l'ensemble du marché ou de la tranche considérée, ou du bon de commande.

*Imputabilité*

**Le retard n'est pas toujours imputable à l'entrepreneur**. L'entrepreneur est tenu au respect du délai contractuel d'exécution, mais il peut s'exonérer de sa responsabilité, et donc de pénalités de retard, s'il rapporte la preuve que le retard ne lui est pas imputable.

Les pénalités ne sont imputables qu'à l'entreprise qui est responsable du retard, le maître d'ouvrage ne peut invoquer les retards des entreprises situées « en amont » pour pénaliser les entreprises « en aval ».

L'entrepreneur peut échapper aux pénalités s'il prouve que le maître d'ouvrage est responsable du dépassement du délai convenu. Tel est le cas s'il démontre que le retard tient à des modifications importantes ou à des travaux supplémentaires demandés par le maître d'ouvrage. La solution sera identique si l'allongement du délai résulte d'un retard dans l'accomplissement des formalités administratives incombant au maître d'ouvrage ou d'un retard causé par l'absence d'OS. En marchés privés, le retard dans le paiement des acomptes peut aussi constituer une cause légitime justifiant l'arrêt des travaux. Dans ce cas, la norme (art. 10.3.2.1) prévoit que l'entrepreneur ne peut suspendre les travaux pour défaut de paiement qu'après avoir prévenu par lettre recommandée le maître d'ouvrage et le maître d'œuvre au moins quinze jours à l'avance.

**Ingérence du maître d'ouvrage**. Dans un contrat d'entreprise, le maître d'ouvrage doit rester passif. Son ingérence peut être fautive et, si elle est perturbatrice, elle peut le rendre responsable du retard, et ce, même dans un marché au forfait (Cass. 3e civ., 11 mai 2011, Époux Sourdon c/ Bataille).

**Droit à l'indemnisation intégrale des préjudices dus au retard imputable au maître d'ouvrage ou à ses autres cocontractants**. « *Considérant que la société titulaire d'un marché public a droit à l'indemnisation intégrale des préjudices subis du fait de retards dans l'exécution du marché imputables au maître de l'ouvrage ou à ses autres cocontractants et distincts de l'allongement de la durée du chantier lié à la réalisation de travaux supplémentaires, dès lors que ce préjudice apparaît certain et présente avec ces retards un lien de causalité directe* ; *que, par suite, en refusant de faire droit aux conclusions de la SOCIÉTÉ FOUCHARD ET CIE, titulaire du lot*

*«second œuvre agencement» du marché de construction d'un nouveau bâtiment du centre hospitalier intercommunal Le Raincy-Montfermeil, tendant à l'indemnisation de ses frais occasionnés par la réalisation d'un chiffre d'affaires inférieur, fin 1996, à celui escompté sur la base du calendrier contractuel, aux motifs que les retards de chantiers survenus fin 1996, imputables au groupement de maîtrise d'*œuvre, étaient intervenus «hors de la période de dysfonctionnement du chantier», sans préciser en quoi cette circonstance faisait obstacle à l'*indemnisation des préjudices allégués, la cour administrative d'appel de Versailles a insuffisamment motivé son arrêt* ; *que, dès lors, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, la SOCIÉTÉ FOUCHARD ET CIE est fondée à demander l'annulation de l'arrêt attaqué en tant qu'il statue sur le préjudice subi du fait des pertes occasionnées par la réalisation d'un chiffre d'affaires inférieur, fin 1996, à celui escompté sur la base du calendrier contractuel* » (CE, 13 juin 2012, Société Fouchard et Cie).

**Pas d'indemnisation du titulaire d'un lot par le maître d'ouvrage suite à des fautes commises par d'autres intervenants**. Les fautes commises par les autres intervenants à un marché à forfait empêchent la mise en œuvre des théories de l'imprévision ou des sujétions imprévues et donc l'indemnisation de l'entreprise titulaire du marché du fait des surcoûts qu'il estime avoir subis du fait des retards d'exécution de ce lot. Le Conseil d'État a estimé que « *les difficultés rencontrées dans l'exécution d'un marché à forfait ne peuvent ouvrir droit à indemnité au profit de l'entreprise titulaire du marché que dans la mesure où celle-ci justifie soit que ces difficultés ont eu pour effet de bouleverser l'économie du contrat soit qu'elles sont imputables à une faute de la personne publique* ». Il en a déduit qu'en « *jugeant que la responsabilité de la région Haute-Normandie était susceptible d'être engagée du seul fait de fautes commises par les autres intervenants à l'opération de restructuration du lycée, la cour administrative d'appel de Douai a commis une erreur de droit* » (CE, 5 juin 2013, Région Haute-Normandie).

*Conditions d'application*

**Pas de TVA sur les pénalités**. Il résulte d'une instruction fiscale que *« les pénalités de retard sont considérées comme des indemnités, ayant pour objet de sanctionner le retard pris par le fournisseur dans l'exécution du contrat et de réparer le préjudice subi, de ce fait, par le client. Elles ne constituent pas la contrepartie d'une livraison de biens ou d'une prestation de services et ne sont donc pas situées dans le champ d'application de la TVA* ». Quelle que soit la nature du maître d'ouvrage, public ou privé, professionnel ou consommateur, les pénalités de retard d'exécution sont une sanction et non un élément du prix et ne sont pas passibles de la TVA. La Cour administrative d'appel de Lyon rappelle *« que les pénalités sont sans effet sur la valeur ajoutée apportée par les prestations fournies »* et qu'*« il convient de calculer la valeur ajoutée en appliquant un taux de 19,6 % au solde du marché qui resterait dû en faisant abstraction des pénalités ».* En d'autres termes, il ne faut pas appliquer de TVA sur le montant des pénalités de retard d'exécution (CAA Lyon, 28 février 2013, Université Lumière Lyon-II ; et BOI-TVA-BASE du 15 janvier 2014, point 70).

**L'Administration ne peut pas émettre de titre exécutoire à l'encontre du titulaire du marché avant l'émission du décompte général et définitif (DGD)**. En effet, tant que le règlement définitif des comptes du marché n'est pas opéré, l'Administration ne peut mettre à la charge du titulaire une somme quelconque correspondant à une créance née de l'exécution du marché. Ainsi, l'Administration ne pourra pas, par ce biais, infliger de pénalités de retard à son cocontractant pendant l'exécution du marché (CAA Lyon, 27 décembre 2007, Société Copibat ; CAA Nancy, 26 juin 2008, Syndicat interhospitalier de blanchisserie de Metz c/ société Lavatec).

Les pénalités ne peuvent pas être réclamées après le règlement définitif du décompte (DGD) par l'émission d'un titre de perception (CAA Bordeaux, 4 octobre 2007, Sté Les Grands Travaux du Bassin aquitain).

**Cumul possible avec les indemnités pour préjudice causé à d'autres entreprises du fait du retard**. Du fait du caractère forfaitaire des pénalités de retard, le maître d'ouvrage qui inflige des pénalités à une entreprise ne peut lui réclamer en plus des dommages et intérêts au titre du préjudice que lui cause son retard, et ce même si le montant des pénalités ne suffit pas à réparer l'intégralité du préjudice. Ce principe est écarté lorsque l'entreprise concernée a causé du fait de ce retard un préjudice à d'autres entreprises qui demandent réparation au maître d'ouvrage. Dans ce cas, le maître d'ouvrage peut, même s'il a appliqué des pénalités de retard, rechercher la responsabilité contractuelle de l'entreprise fautive. Il en va toutefois autrement si le maître d'ouvrage n'apporte pas la preuve des réclamations des autres entreprises et n'établit pas non plus l'imputabilité à la société requérante du retard qu'elles auraient subi (CAA Paris, 8 mars 2010, Cie française Eiffel Construction Métallique).

**Le préjudice né du retard ne peut être réparé deux fois**. La Cour de cassation casse un arrêt de la cour d'appel qui condamne une entreprise à payer à son maître d'ouvrage non seulement des pénalités de retard, mais également une certaine somme au titre de son préjudice économique correspondant à la marge brute perdue pendant les six mois où la piste n'a pu être utilisée. « *En statuant ainsi, alors qu'elle avait alloué au maître d'ouvrage des pénalités de retard correspondant au retard de six mois imputé au constructeur, la cour d'appel, qui a réparé deux fois le même préjudice, a violé le texte susvisé* [article 1147 du Code civil] » (Cass. 3e civ., 8 juin 2010, Société SCREG Sud-Est c/ société Motorsport Développement).

**Indemnisation du titulaire d'un marché dont la date de démarrage des travaux a été reportée, et ce même s'il n'a fait de réserves ni sur les ordres de service ni sur les avenants**. La commune de La Seyne-sur-Mer a lancé un marché dont la date d'exécution des travaux d'un lot, fixée au départ le 21 août 2000, a été reportée par des ordres de service et des avenants au 31 janvier 2003. L'entreprise titulaire de ce lot a demandé à être indemnisée du préjudice subi du fait de ces reports successifs. Pour le Conseil d'État, le titulaire n'avait pas à émettre de réserves aux ordres de service de la commune, comme le prévoyait l'article 2.52 du CCAG-Travaux applicable, pour demander à être indemnisé : « *Les ordres de service litigieux n'étaient pas à l'origine des retards pris par les travaux et ne faisaient que tirer les conséquences de ces retards*. » De plus, la cour administrative d'appel de Marseille a pu souverainement estimer que « *les avenants reportant la date d'achèvement des travaux n'avaient pas pour objet de régler les conséquences financières de l'allongement du délai d'exécution du marché* » et qu'ainsi, ils ne faisaient pas obstacle à la demande d'indemnisation de l'entreprise. Ainsi, la cour administrative d'appel a pu légalement accorder une indemnisation tenant compte des frais de personnel (68 107 €) et des autres frais induits par l'allongement de la durée des travaux (30 000 €) (CE, 27 octobre 2010, Commune de La Seyne-sur-Mer).

**Des pénalités de retard s'appliquent faute de nouvel accord sur les délais**. Une entreprise ne peut pas être exonérée du paiement des pénalités de retard du seul fait que les travaux supplémentaires n'étaient pas prévus au marché initial. Lorsque le maître d'ouvrage commande des travaux supplémentaires, l'entreprise doit penser à demander un délai supplémentaire ou, du moins, à faire des réserves sur l'ordre de service. Faute de quoi, les travaux supplémentaires devront être réalisés dans le délai fixé au marché initial (CE, 16 mai 2012, Communauté d'agglomération Rouen-Elbeuf-Austreberthe CREA).

**Si le contrat prévoit des formalités** de notification du calendrier d'exécution ou d'approbation par les parties, **l'acheteur public ne peut ainsi appliquer les pénalités de retard qu'en ayant satisfait à ces conditions** (CAA Marseille, 26 mai 2014, Communauté de Haute-Provence).

*Réduction des pénalités de retard*

En marchés privés, l'entreprise peut demander au tribunal de réduire les pénalités en invoquant l'article 1152, deuxième alinéa, du Code civil : « […] *néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite.* »

Le juge administratif s'est reconnu le pouvoir de modérer le montant des pénalités si ces pénalités atteignaient une somme manifestement excessive eu égard au montant du marché. En l'espèce, l'OPHLM de Puteaux avait confié à la SARL Serbois un marché à bons de commande portant sur le remplacement des menuiseries extérieures de ses résidences. L'article 6-1 du CCAP du marché fixait des pénalités de retard progressives. La SARL Serbois refuse de signer le décompte général présenté par l'OPHLM du fait des pénalités de retard qui s'élèvent à 147 637 € et dont elle conteste l'application. Le Conseil d'État considère « ***qu'il est loisible au juge administratif, saisi de conclusions en ce sens, de modérer ou d'augmenter les pénalités de retard résultant du contrat, par application des principes dont s'inspire l'article 1152 du Code civil, si ces pénalités atteignent un montant manifestement excessif ou dérisoire eu égard au montant du marché*** *; qu'après avoir estimé que le montant des pénalités de retard appliquées par l'office, lesquelles s'élevaient à 147 637 €,* ***soit 56,2 % du montant global du marché****, était manifestement excessif, la cour administrative d'appel n'a pas commis d'erreur de droit en retenant une méthode de calcul fondée sur l'application d'une pénalité unique pour tous les ordres de service émis à la même date, aboutissant à des pénalités d'un montant de 63 264 € »* (CE, 29 décembre 2008, OPHLM de Puteaux c/ SARL Serbois).

**Pénalités de retard ne représentant pas un caractère manifestement excessif**. En l'espèce, la cour considère que des pénalités représentant respectivement 10,10 % et 4,03 % des bons de commande émis au titre de deux marchés ne sont pas manifestement excessives, quand bien même la collectivité publique n'aurait subi aucun préjudice du fait du retard reproché à son cocontractant (CAA Nantes, 23 septembre 2011, Sté Plastic Omnium Systèmes Urbains).

**Pénalités de retard ne présentant pas un caractère disproportionné** et ne justifiant donc pas une modulation. Le juge relève, d'une part, que le retard important pris dans les travaux est entièrement imputable à la société, et notamment l'interruption du chantier par l'inspecteur du travail en raison du non-respect des règles de sécurité qu'elle avait pour devoir de faire appliquer conformément au CCAP, et d'autre part, que le montant de ces pénalités ne présente pas un caractère disproportionné, ne justifiant donc pas sa modulation (CAA Marseille, 12 janvier 2012, Société Gardiol).

Par ailleurs, la force majeure exonère l'entreprise de l'application des pénalités de retard.

**Le maître d'ouvrage peut valablement décider de renoncer à l'application des pénalités** particulièrement lorsque le titulaire du marché est une TPE ou une PME, pour lesquelles la mise en œuvre des pénalités pourrait avoir de lourdes conséquences financières. La renonciation peut être unilatérale, contractuelle (par avenant), ou encore transactionnelle (CAA Nancy, 15 février 2007, Société Sitelec Moselec).

**Cette renonciation** au bénéfice des pénalités **pourra** être formalisée par avenant, ou bien **résulter de la prolongation unilatérale du délai d'exécution consentie par le maître d'ouvrage** (CE, 17 mars 2010, Commune d'Issy-les-Moulineaux).

*Contrats de sous-traitance*

Le principe qui s'impose est celui de la liberté contractuelle. L'entrepreneur sous-traitant doit se reporter à son contrat de sous-traitance. Les remarques ci-dessus concernant le taux et le plafond s'appliquent. Mais le retard du sous-traitant doit trouver sa cause dans l'exécution même de sa prestation et non pas dans des événements qui lui sont extérieurs. Le contrat type de sous-traitance du BTP prévoit des dispositions précises pour la définition du délai et du calendrier d'exécution des travaux du sous-traitant, ainsi que pour l'application des pénalités en cas de retard (art. 7 des conditions générales du contrat de sous-traitance du BTP, disponible à la Société d'édition du bâtiment et des travaux publics [SEBTP]).

*Entreprises groupées*

Dans la pratique, les CCAP stipulent des pénalités pour les retards dans l'exécution des travaux et précisent la répartition de ces pénalités entre les entreprises groupées.

*Contrat de construction de maison individuelle*

Les pénalités de retard sont fixées à un taux minimum de 1/3000 par jour de retard. Si le maître d'ouvrage augmente ce taux, il y a obligation d'augmenter, dans les mêmes proportions, le taux des pénalités pour retard de paiement (fixé à 1 % minimum par mois de retard).

### 1.2.4. Obligation de supporter les risques

L'entrepreneur est traditionnellement considéré gardien du chantier, car c'est lui qui en a « *l'usage, la direction et le contrôle* » (Cass. 2e civ., 21 mars 1974).

En marchés publics, l'article 31-41, deuxième alinéa, du CCAG Travaux 1976 (ou 31.4.2, deuxième alinéa du CCAG Travaux 2009) précise que l'entrepreneur assure notamment l'éclairage et le gardiennage de ses chantiers ainsi que sa signalisation tant intérieure qu'extérieure. Il assure également, en tant que de besoin, la clôture de ses chantiers.

En marchés privés, l'article 13 de la norme Afnor NF P 03-001 prévoit que l'entrepreneur doit protéger ses matériaux et ses ouvrages contre les risques de vol et de détournement et ses ouvrages contre les risques de détérioration.

Tant que l'ouvrage n'est pas réceptionné, l'entrepreneur est responsable de toutes les détériorations ou altérations de l'ouvrage qui empêcheraient sa livraison, quelles qu'en soient la nature (effondrement, bris, incendie, vol…) ou l'origine (défaut de construction, vandalisme, attentat, catastrophe naturelle…). Il a la garde du chantier et doit réparer les dommages dont il est l'objet, y compris s'ils résultent d'un événement de force majeure ou d'un cas fortuit, sur le terrain de sa responsabilité contractuelle (CAA Douai, 1re ch., 10 janvier 2008, Département de la Seine-Maritime).

La solution se fonde sur les articles 1788, 1789 et 1790 du Code civil, qu'applique d'ailleurs le Conseil d'État. Ces articles distinguent selon que l'entrepreneur fournit seulement son travail ou également les matériaux.

Toutefois, dans certains cas, le maître d'ouvrage peut être considéré comme gardien, par exemple s'il ouvre prématurément l'accès du chantier à ses visiteurs (CA Paris, 12 octobre 1981).

De même, le maître d'ouvrage ayant conclu un contrat de terrassement mais dirigeant, de fait, l'engin, en devient le gardien (Cass. 3e civ., 24 juin 1992).

#### *1. L'entrepreneur fournit la matière (C. civ., art. 1788)*

##### *La charge de la perte*

La question de savoir qui fournit la matière est fondamentale, car elle commande l'application de deux régimes véritablement différents. C'est pourquoi la Cour de cassation impose aux juges du fond d'effectuer, avant toute autre chose, la recherche de l'identité du fournisseur de la matière, ce qui déterminera le régime applicable.

L'article 1788 du Code civil prévoit que :

> *Si dans le cas où l'ouvrier fournit la matière, la chose vient à périr, de quelque manière que ce soit, avant d'être livrée, la perte en est pour l'ouvrier, à moins que le maître ne fût en demeure de recevoir la chose.*

L'article 1788 met donc les risques, en principe, à la charge de l'entrepreneur lorsqu'il fournit la matière et précise le moment où s'opère le transfert des risques à la charge du maître d'ouvrage, soit la livraison soit la mise en demeure de recevoir.

##### *La perte de l'ouvrage avant livraison est pour l'entrepreneur*

Lorsqu'il fournit la matière, la perte de l'ouvrage avant la livraison est à la charge de l'entrepreneur, que cette perte soit due à sa faute ou à un cas fortuit. Il ne peut réclamer aucune indemnité au maître d'ouvrage, même si ce dernier a surveillé les travaux. Le maître d'ouvrage dispose d'un droit à réparation automatique sur chaque entrepreneur pour ses propres travaux. L'entrepreneur ne peut absolument pas s'exonérer, même si l'ouvrage est détérioré par suite de force majeure (catastrophe naturelle, tempête…), ni du fait de la faute d'un tiers (un autre entrepreneur, par exemple), ni parce que les auteurs ne sont pas connus. En conséquence, l'entrepreneur supporte les risques de son ouvrage face au maître d'ouvrage, et le sous-traitant supporte les risques de son ouvrage face à l'entrepreneur principal.

##### *Conséquences si la force majeure est établie*

Si la force majeure est établie, les obligations contractuelles s'effacent à partir de cette date. Ni l'entrepreneur ni le maître d'ouvrage ne se doivent de dommages et intérêts, même s'il y a résiliation du contrat. Le maître d'ouvrage doit se retrouver dans l'état où il était au départ, c'est-à-dire que l'entrepreneur ne sera pas réglé de ses travaux et qu'il devra même rembourser les acomptes qu'il a reçus.

En cas de perte de l'ouvrage pour un événement de force majeure, l'offre de l'entrepreneur (ou du sous-traitant) de rembourser le coût de la construction selon les conditions du marché initial ou de reconstruire l'ouvrage en ne supportant que ce coût est satisfaisante au sens de l'article 1788 du Code civil (Cass. 3e civ., 28 octobre 1992).

*Conséquences si la faute de l'entrepreneur est établie*

Si la faute de l'entrepreneur est établie, il ne sera pas réglé de ses travaux, il devra rembourser les acomptes qu'il a reçus ou devra exécuter à ses frais l'ouvrage convenu. De plus, l'entrepreneur devra éventuellement des dommages et intérêts au maître d'ouvrage si celui-ci a subi des préjudices complémentaires, et ce même s'il y a résiliation du contrat.

*Conséquences si la cause de la perte de l'ouvrage est inconnue*

Si la cause de la perte de l'ouvrage est inconnue, là encore l'entrepreneur ne sera pas réglé de ses travaux, devra rembourser les acomptes qu'il a reçus ou devra exécuter à ses frais l'ouvrage convenu et devra d'éventuels dommages et intérêts au maître d'ouvrage s'il a subi des préjudices complémentaires.

*Conséquences en cas de faute d'un autre entrepreneur*

Il appartient à l'entrepreneur dont les travaux ont été détériorés de refaire son travail à ses frais et d'exercer son recours contre le véritable responsable. Il lui appartiendra parallèlement de prouver la faute de l'entrepreneur concerné sur la base de l'article 1382 du Code civil. Le maître d'ouvrage n'a pas à attendre le résultat d'un éventuel recours. Le fait du sous-traitant n'est pas exonératoire.

*L'entrepreneur ne peut imposer son propre mode de réparation*

Avant réception, les risques sont à la charge de l'entrepreneur. Il doit donc réparer le dommage. Mais il ne peut imposer son propre mode de réparation. Le maître d'ouvrage peut demander la réparation en nature (remise en état conforme au contrat) ou des dommages-intérêts. Le juge accorde en principe la réparation en nature, sauf si elle s'avère impossible.

Dans une espèce où une entreprise agricole avait fait réaliser une serre dont la structure avait été déstabilisée à la suite d'un vent violent, l'entreprise avait proposé de réparer en procédant à un percement pour évacuer l'eau puis en appliquant un produit. Ce mode de réparation avait été refusé par le maître d'ouvrage. La cour d'appel de Lyon a débouté le maître d'ouvrage. La Cour de cassation casse l'arrêt aux motifs « *qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait retenu l'existence de désordres affectant la serre* ***dont les constructeurs devaient réparation selon les modalités voulues par le maître d'ouvrage*** [dans le contrat initial]*, la cour d'appel a violé le texte susvisé* » (Cass. 3e civ., 22 octobre 2008, EARL La Serre c/ SA BN Serres).

*La règle de l'article 1788 ne concerne que la perte affectant les prestations fournies par l'entrepreneur*

Si l'ouvrage détruit par un incendie ne concerne pas les prestations fournies par l'entrepreneur, ce dernier ne peut être responsable. Le risque n'est pas étendu à tous les dommages et ne fait pas peser sur l'entrepreneur une présomption de responsabilité de ces dommages consécutifs à la perte de la matière fournie. Dans ce cas, si le maître d'ouvrage entend engager la responsabilité de l'entrepreneur, il doit alors prouver une faute de l'entrepreneur.

*L'entrepreneur est responsable en cas de dommages causés aux tiers*

En vertu de l'article 1384-1 du Code civil, l'entrepreneur est responsable « *du fait des choses qu'il a sous sa garde* » *:* matériel, matériaux, mais aussi terrain, construction ou ouvrages en cours. Il s'agit d'une responsabilité sans faute.

Encore faut-il démontrer qu'il a eu, sur la chose ayant causé le dommage, un pouvoir effectif, autonome et réellement indépendant de direction et de contrôle (Cass. 2e civ., 21 mars 1974, à propos d'une chute dans un ascenseur en réparation) et que ce pouvoir n'est pas resté au propriétaire (Cass. 2e civ., 29 avril 1960, à propos de travaux de réparation).

*L'entrepreneur a également la garde des matériels loués sans conducteur*

Les locataires sont juridiquement responsables des matériels loués. Ils ont l'obligation de les restituer au loueur à la fin de la période de location. Si un entrepreneur loue un bulldozer, à la journée ou au mois, et le fait conduire par un de ses préposés suivant ses propres directives, l'engin passe sous sa garde (Cass. 2e civ., 7 février 1990, Société Les Domaines Robert Giraud c/ Dumezil).

En revanche, le propriétaire d'un engin qui le donne en location avec son conducteur moyennant une rétribution horaire, décide des horaires des travaux et des conditions de réalisation du terrassement, conserve la garde de son matériel (CA Nîmes, 27 mars 1997, Société Bagnols Levage c/ SE de l'entreprise Lafaury).

*L'entrepreneur est déchargé des risques à la livraison*

L'article 1788 du Code civil fixe expressément le moment où l'entrepreneur est déchargé des risques de la chose : c'est en principe la livraison de la chose. L'entrepreneur supporte donc les risques du commencement des travaux jusqu'au moment où l'ouvrage est en état d'être livré au maître d'ouvrage.

Pour être déchargé de son obligation vis-à-vis du maître d'ouvrage, l'entrepreneur doit apporter la preuve que les travaux étaient en état d'être livrés. La livraison s'entend de la réception à laquelle s'applique la réglementation résultant de la loi n° 78-12 du 4 janvier 1978 (C. civ., art. 1792-6).

En pratique, une clause de prise de possession de l'ouvrage dans le contrat ou une mise en demeure de recevoir les travaux adressée au maître d'ouvrage peuvent être utilisées.

**Après la réception, les risques n'incombent plus à l'entrepreneur**. L'arrêt « Cofathec » juge très clairement que parce que la réception de l'ouvrage met fin aux relations contractuelles entre les constructeurs et le maître d'ouvrage, **il appartient au maître d'ouvrage, même s'il n'a pas encore pris possession de l'ouvrage**, **d'assumer seul** « *l'ensemble des obligations du propriétaire et de l'utilisateur* », entre autres **les frais de gardiennage, d'eau, d'électricité ou de chauffage** (CE, 14 mai 2008, Société Cofathec).

**La jurisprudence n'applique pas la théorie de la garde de l'ouvrage de façon générale**. Elle ne vaut que dans deux types d'hypothèses : lorsque l'entrepreneur est chargé de la construction d'un ouvrage nouveau ou lorsqu'il est chargé de la transformation d'ensemble d'un ouvrage ancien. Ce n'est que dans ces cas que l'entrepreneur est réputé avoir « l'entière disposition » de l'ouvrage avec toutes les conséquences qui en découlent.

**La charge des risques visés par le Code civil et le principe de la garde de l'ouvrage ne sont pas d'ordre public**. Les clauses y dérogeant sont donc licites. L'entrepreneur doit donc tenter de faire insérer une clause type dans ses contrats en cours de négociation. Elle stipule qu'« *en cas de suspension des travaux soit par le maître d'ouvrage, soit dans le cas visé à l'article 10.3.2.1 de la norme Afnor NF P 03-001, ou pour toute autre cause non imputable à l'entrepreneur, les risques afférents à l'ouvrage déjà réalisé, ainsi que la garde du chantier, sont transférés, pendant la durée de la suspension, au maître d'ouvrage qui, en assumera toutes les conséquences dommageables* ».

#### *2. L'entrepreneur travaille sur une chose confiée (C. civ., art. 1789 du Code civil)*

*Les risques de la chose demeurent à la charge du maître d'ouvrage*

L'entrepreneur intervient sur un ouvrage appartenant au maître d'ouvrage et qui lui a été confié. L'article 1789 fait supporter les risques de la rémunération à l'entrepreneur, mais les risques de la chose demeurent à la charge du maître d'ouvrage. « *Dans le cas où l'ouvrier fournit seulement son travail ou son industrie, si la chose vient à périr, l'ouvrier n'est tenu que de sa faute*. » Il résulte de l'article 1789 que l'entrepreneur, débiteur des objets qui lui ont été confiés, n'est libéré qu'en établissant que ceux-ci ont péri sans sa faute.

*L'entrepreneur n'est tenu que de sa faute, la charge d'établir son absence de faute lui incombant toutefois*

Dès lors que la perte des marchandises confiées est due à un incendie criminel et que les mesures de protection normale contre l'intrusion dans l'usine avaient été prises, l'absence de faute de l'entrepreneur est établie (Cass. 1re civ., 20 décembre 1993, *Bull. civ*. I, n° 376). L'article 1789 ne s'applique pas aux dommages survenus dans les parties d'immeubles étrangères à l'objet de l'intervention : ainsi, l'entrepreneur chargé de l'installation du chauffage central ne peut être présumé responsable, par application de l'article 1789, de l'incendie survenu dans l'immeuble qui ne lui était pas confié. La jurisprudence a mis la charge de la preuve à l'entrepreneur, sur lequel elle fait peser une présomption simple : ainsi le maçon a-t-il la charge de la preuve que les fissures apparues lors de ses travaux ne lui sont pas imputables.

#### *3. En cas de sous-traitance et de cotraitance*

**C'est l'entrepreneur principal** qui assume vis-à-vis du maître d'ouvrage les risques de l'ouvrage et en a la garde. La loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 modifiée relative à la sous-traitance stipule que « *la sous-traitance est l'opération par laquelle un entrepreneur confie, par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne* […] *tout ou partie de l'exécution du contrat d'entreprise* ».

Mais un contrat de sous-traitance est, comme le marché principal, un contrat d'entreprise soumis à ce titre aux dispositions de l'article 1788 du Code civil. Dans ce cadre, le sous-traitant assume vis-à-vis de l'entrepreneur principal les risques pour les prestations qui lui ont été confiées, jusqu'à la livraison de ses ouvrages.

**Chaque cotraitant assume le risque** lié à l'ouvrage et à sa garde, dans les conditions décrites *supra* (cf. convention de groupement momentané d'entreprises conjointes : « *Chaque membre reste seul tenu de ses obligations, soit sur le plan contractuel soit le plan délictuel ou quasi délictuel* »).

#### *4. Le gardiennage du chantier*

Il convient de se référer aux obligations édictées par les cahiers des charges applicables aux marchés passés par l'entreprise.

**En matière de marchés privés**, l'article 13 de la norme Afnor NF P 03-001 susvisée stipule que, jusqu'à la réception, l'entrepreneur doit protéger ses matériaux et ses ouvrages contre les risques de vol et de détournement, et doit protéger ses ouvrages contre les risques de détérioration.

**En marchés publics de travaux**, l'article 31-4.1, deuxième alinéa, du CCAG Travaux 2009 précise que l'entrepreneur assure notamment le gardiennage de ses chantiers.

**En pratique**, deux cas peuvent donc se présenter :

- soit les entreprises décident entre elles d'assurer le gardiennage du chantier, directement ou en recourant aux services d'une société extérieure de gardiennage (dans ce cas, les frais de gardiennage sont en général portés au débit du compte prorata) ;
- soit une des entreprises est titulaire d'un lot « gardiennage » ou de gardiennage du chantier au titre de son lot. Dans ce cadre, cette entreprise doit assurer le gardiennage du chantier.

Cependant, l'existence d'un lot « gardiennage » n'exclut pas, en droit, que chaque entreprise doive surveiller le chantier et protéger son ouvrage contre les risques qui peuvent survenir avant sa livraison.

Dans ces conditions, toutes les entreprises doivent veiller au respect des formalités prévues par leur contrat, notamment en ce qui concerne la garde de l'ouvrage et le transfert des risques au maître d'ouvrage en cas d'interruption des travaux.

#### *5. Que faire suite à un vol ou un acte de malveillance ?*

##### *Alerter immédiatement les forces de police : le signalement*

Composer dans tous les cas le 17. Ce signalement doit être effectué dès la découverte des faits par le personnel présent sur le chantier ou dès l'alerte donnée par un système de détection d'intrusion.

Pour les gros matériels, engins et véhicules, ce signalement immédiat est essentiel. En effet, ces vols sont généralement effectués sur commande et l'intérêt des voleurs est d'éloigner leur butin le plus vite et le plus loin possible du chantier d'origine, quand ce n'est pas de chercher à lui faire franchir une frontière. Ce signalement immédiat est impératif dans le cas d'engins équipés d'un système de géolocalisation.

##### *Déposer plainte*

Ne pas porter plainte, c'est systématiquement faire le jeu des agresseurs. Il y a lieu de se présenter aux services de police ou de gendarmerie pour déposer plainte ou, à défaut, sous certaines conditions, d'adresser une « lettre plainte » au procureur de la République.

La plainte doit être déposée dans les meilleurs délais par toute personne habilitée de l'entreprise et pas nécessairement par le chef d'entreprise lui-même. La plainte est à déposer au commissariat de police ou à la brigade de la gendarmerie. Toutefois, si le procureur de la République de la juridiction locale autorise cette pratique, **pour les plus petits délits** sans conséquence majeure pour l'entreprise, ou pour des larcins qui se répètent régulièrement, il est possible d'envoyer une lettre plainte au procureur de la République relatant les faits et précisant la nature du préjudice.

##### *Préserver les lieux*

**En cas de préjudice important**, jusqu'à l'arrivée des services de la police ou de la gendarmerie nationale, il faut conserver les lieux dans l'état où le ou les agresseurs les ont laissés afin de permettre aux services concernés d'effectuer les investigations techniques et scientifiques nécessaires. Ces investigations sont couramment effectuées sous vingt-quatre heures. Il ne faut toucher à aucun objet et ne pas modifier les lieux. S'il y a obligation de pénétrer dans les

lieux (état de nécessité, secours), il faut bien noter le cheminement emprunté et revenir par le même itinéraire. Il faut ne toucher qu'au strict minimum et protéger les traces, en particulier de pas ou de pneumatiques, contre les intempéries susceptibles de les altérer. Ne pas oublier de porter des gants avant toute manipulation.

*Se prémunir contre d'autres vols possibles*

Il y a lieu de renforcer immédiatement les mesures de prévention et de protection. Un premier vol peut en entraîner d'autres, l'agresseur étant toujours attiré par l'opportunité et la facilité.

# 2. Le paiement des travaux supplémentaires dans un marché à prix global et forfaitaire

Pour faire réaliser ses travaux immobiliers, le maître d'ouvrage passe un marché avec un entrepreneur, à qui il confie le soin d'exécuter les travaux moyennant le paiement d'un prix.

## 2.1. Le prix

### 2.1.1. Marché actualisable et/ou révisable (CMP, art. 18)

***L'actualisation du prix***

**Lorsqu'un marché est conclu à prix ferme**, il prévoit les modalités d'actualisation de son prix. Le prix ainsi actualisé reste ferme pendant toute la période d'exécution des prestations et constitue le prix de règlement.

L'actualisation du prix prend donc en compte les variations économiques **une seule fois**, lors du démarrage des travaux.

Le marché doit préciser :

- que ce prix sera actualisé si un délai supérieur à trois mois s'écoule **entre la date à laquelle le candidat a fixé son prix dans l'offre** (et non plus la date d'établissement des prix) **et la date de début d'exécution des prestations** ;
- et que l'actualisation se fera aux conditions économiques correspondant à une date antérieure de trois mois à la date de début d'exécution des prestations.

Le CCAG Travaux 2009 précise dans son article 10.4 que :

> *Lorsque les travaux sont allotis, **le maître d'ouvrage doit tenir compte du calendrier d'exécution fixé pour l'intervention de chacun des corps de métier**, dans le cadre d'une opération, pour la mise en œuvre de l'actualisation de chacun des marchés correspondants.*

Il ajoute que l'actualisation se fait en appliquant des coefficients établis **à partir d'index de référence fixés par les documents particuliers du marché** : « ***À défaut, l'actualisation se fait sur la base de l'index BT 01*** *pour les travaux concernant majoritairement le bâtiment et sur la base de l'index* ***TP 01*** *pour les travaux concernant majoritairement les travaux publics.* »

La formule est la suivante : Prix nouveau = prix initial indices à la date de début d'exécution des prestations – trois mois / indices de la date de fixation du prix dans l'offre.

Un commentaire sous l'article 10.4.3 indique que « *l'index de référence par défaut peut être remplacé,* ***par voie d'avenant****, par l'index correspondant à l'objet du marché* ».

Par ailleurs, le CCAG Travaux 2009 précise danss l'article 10.4.2 que « *les prix de chaque tranche conditionnelle sont actualisés dans les conditions prévues par la réglementation en vigueur à la date à laquelle le candidat a fixé son prix dans l'offre* ».

#### *La révision du prix*

Un prix révisable est l'opposé d'un prix ferme. La révision du prix prend en compte les variations économiques **pendant toute la durée du marché**.

Lorsque le marché est révisable, il fixe la date d'établissement du prix initial, les modalités de calcul de la révision ainsi que la périodicité de sa mise en œuvre. Les modalités de calcul de la révision du prix sont fixées soit en fonction d'une référence soit par application d'une formule représentative de l'évolution du coût de la prestation.

Dans le Code 2006, la formule de révision ne prend en compte que les différents éléments du coût de la prestation et **peut inclure un terme fixe**.

**Les marchés d'une durée d'exécution supérieure à trois mois** qui nécessitent, pour leur réalisation, le recours à une part importante de fournitures, notamment de matières premières, dont le prix est directement affecté par les fluctuations de cours mondiaux, **comportent une clause de révision de prix**.

**La clause de révision de prix ne peut être introduite en cours de marché**. Une réponse ministérielle rappelle que l'article 18-V du code a été modifié par le décret n° 2008-1355 du 19 décembre 2008 et indique que « *s'agissant des marchés déjà conclus avant cette modification du Code et pour lesquels une part significative du prix dépend de la variation des prix des carburants, la clause de révision de prix ne peut être introduite en cours de marché, si elle ne l'a pas été lors de la conception même du marché, même par voie d'avenant. L'introduction d'une telle clause serait considérée comme ayant rétroactivement une incidence sur les conditions de la mise en concurrence initiale. Dans cette mesure, elle serait illégale et susceptible d'être annulée* » (Rép. min., *JO* du 3 novembre 2009, p. 10428).

**Un contrat recourant à des matières premières doit comporter une clause de révision de prix sans terme fixe**. « *Lorsqu'au moment de la passation d'un marché il est établi que celui-ci nécessite pour sa réalisation le recours à une part importante de fournitures, notamment de matières premières, dont le prix est directement affecté par les fluctuations de cours mondiaux,* ***le contrat doit comporter une clause de révision de prix*** *établie en fonction d'une référence aux indices officiels de fixation de ces cours, conformément aux dispositions précitées de 1° du IV de l'article 18 du Code des marchés publics qui, contrairement à celles du 2°,* ***ne permettent pas l'inclusion d'un terme fixe*** » (CE, 9 décembre 2009, Département de l'Eure).

**L'introduction irrégulière d'un terme fixe constitue un manquement aux obligations de mise en concurrence**. Le Conseil d'État a précisé les dispositions du 1°) du IV de l'article 18 du Code des marchés publics qui prévoit que, lorsque le prix est révisable, les modalités de calcul de la révision du prix sont fixées « *en fonction d'une référence à partir de laquelle on procède à l'ajustement du prix de la prestation* ». Pour le Conseil d'État, **ces dispositions « *ne permettent pas l'inclusion d'un terme fixe* »**. Ainsi, compte tenu de « *l'incidence des clauses du contrat relatives aux prix et à leur révision sur la formation des offres des candidats* », il a

considéré que « *l'introduction irrégulière d'un terme fixe a constitué un manquement aux obligations de mise en concurrence, susceptible d'avoir lésé la société requérante* ». Le Conseil d'État a donc annulé la procédure de passation du marché sur ce motif (CE, 9 décembre 2009, Département de l'Eure ; TA Basse-Terre, Ordonnance 30 septembre 2010 ; et CE, CCI Pointe-à-Pitre, 12 janvier 2011).

**En cas de retard imputable au maître d'ouvrage ou à ses cocontractants, si le CCAP le prévoit, la révision des prix peut s'appliquer au-delà des délais du marché**. Le titulaire d'un marché de restructuration d'un lycée demandait l'indemnisation du préjudice causé par un dépassement des délais de l'ordre de cent trente-deux semaines du fait du maître d'ouvrage. Une entreprise doit être indemnisée intégralement du préjudice causé par les retards dans l'exécution du contrat imputables au maître d'ouvrage ou à ses cocontractants. Ces retards donnant lieu à indemnisation sont à distinguer de l'allongement de la durée du chantier dû à la réalisation de travaux supplémentaires dès lors que le préjudice apparaît certain et présente avec ces retards un lien de causalité directe, rappelle le Conseil d'État. Et, si le CCAP le prévoit, la révision des prix peut s'appliquer au-delà des délais du marché (CE, 1er août 2012, Région Rhône-Alpes).

### 2.1.2. Marché à prix unitaires ou marché à prix forfaitaire

Un marché public doit obligatoirement indiquer la forme du prix. Ce prix peut être, selon le choix du maître d'ouvrage, établi en prix unitaires, en fait au métré, par application de prix unitaires aux quantités réellement exécutées, ou en prix forfaitaires, prix convenus entre les parties et dont l'application est indépendante des quantités exactes.

**Sont unitaires** les prix qui s'appliquent à une prestation ou à une unité de mesure ($m^2$, $m^3$, tonne, etc.) dont les quantités ne sont indiquées dans le marché qu'à titre prévisionnel. Le paiement du prix au cocontractant sera donc établi en fonction des quantités réalisées ou livrées par celui-ci. On parle alors de marchés à prix unitaires.

Le CCAG Travaux 2009 précise dans son article 11.2.2 que :

> *Dans le cas d'application d'un prix unitaire, la détermination de la somme due s'obtient en multipliant ce prix par la quantité de natures d'ouvrage exécutée ou par le nombre d'éléments d'ouvrage mis en œuvre.*

**Sont forfaitaires** les prix appliqués à tout ou partie du marché quelles que soient les quantités exécutées. Les marchés forfaitaires sont ceux dans lesquels la consistance et l'étendue sont arrêtées et peuvent donc être prises en compte dans un prix global forfaitaire déterminé à l'avance (CMP, art. 17).

On parle alors de « marchés forfaitaires » ou de « marchés à forfait » ou de « marchés à prix global et forfaitaire ».

Le marché à prix forfaitaire est un système présentant davantage de risques pour l'entreprise, puisque le régime du marché restera marqué par son prix global d'origine, y compris en cas de sujétions techniques imprévues.

Le marché à forfait implique la stipulation d'un prix global et forfaitaire : l'application de prix unitaires aux quantités réellement exécutées exclut donc le forfait.

La notion de forfait confère, de ce fait, au maître d'ouvrage qui s'oblige selon des plans précis, un avantage incontestable, puisque le prix pour l'ensemble de l'ouvrage est global et intangible.

L'entrepreneur ne peut plus augmenter son prix, même dans l'hypothèse de travaux nécessaires et non prévus dans le forfait. Il subit tous les aléas prévisibles ou non prévisibles du chantier.

Mais, parfois, le marché à forfait peut être intéressant pour l'entreprise, lorsque les « aléas » lui sont favorables.

Le CCAG Travaux 2009 précise dans son article 11.2.1 que :

> *Dans le cas d'application d'un prix forfaitaire, le prix est dû dès lors que l'ouvrage, la partie d'ouvrage ou l'ensemble de prestations auquel il se rapporte a été exécuté.* ***Les différences éventuellement constatées****, pour chaque nature d'ouvrage ou chaque élément d'ouvrage,* ***entre les quantités réellement exécutées et les quantités indiquées dans la décomposition de ce prix, même si celle-ci a une valeur contractuelle, ne peuvent conduire à une modification de ce prix****. Il en est de même pour les erreurs que pourrait comporter cette décomposition.*

**Sont mixtes** les prix lorsque, dans un même marché, une partie des prestations est rémunérée au forfait, une autre partie à prix unitaire. Les deux formes de prix sont donc combinées au sein d'un même marché. À titre d'exemple : les fondations peuvent être traitées à prix unitaire et la superstructure à prix forfaitaire.

## 2.2. Les conditions du marché à forfait

L'article 1793 du Code civil précise que le marché à forfait est applicable aux contrats de construction de bâtiment qui ont été conclus avec le propriétaire du sol, selon un plan arrêté et convenu.

Dans ce cadre, l'article 1793 du Code civil stipule que « *lorsqu'un architecte ou un entrepreneur s'est chargé de la* ***construction*** *à* ***forfait*** *d'un* ***bâtiment*** *d'après* ***un plan arrêté et convenu*** *avec le* ***propriétaire du sol****, il ne peut demander aucune augmentation de prix, ni sous prétexte de l'augmentation de la main-d'œuvre ou des matériaux, ni sous celui des changements ou d'augmentations faits sur ce plan, si ces* ***changements*** *n'ont pas été* ***autorisés par écrit****, et* ***le prix convenu avec le propriétaire****. »*

### 2.2.1. Le marché doit être conclu avec le propriétaire du sol

L'application de l'article 1793 du Code civil et de ses conséquences implique des liens de droit directs entre l'entrepreneur et le maître d'ouvrage (ou le titulaire d'un droit de construire). Ce qui n'est pas le cas dans une relation de sous-traitance.

L'article 1793 n'est donc **pas applicable entre l'entrepreneur principal et le sous-traitant,** ce qui veut dire qu'un ordre écrit ne s'impose pas pour le paiement des travaux supplémentaires au sous-traitant (Cass. 3e civ., 18 juin 2003, Société Gentilini). Le sous-traitant n'a donc pas l'obligation de justifier d'un accord préalable et écrit de l'entrepreneur principal pour se faire payer ses travaux supplémentaires : « Le sous-traitant peut établir par tous les moyens la réalité des travaux supplémentaires facturés et leur acceptation expresse ou tacite par l'entrepreneur principal » (CA Aix, 3e ch., 19 janvier 2012, Société Sacer Sud-Est).

**Toutefois,** rien n'interdit qu'un contrat de sous-traitance stipule que tout supplément nécessitera un ordre écrit de l'entrepreneur principal (Cass. 3e civ., 5 juin 1996, *Bull. civ*. III, n° 136, p. 574). En d'autres termes, il suffira à l'entrepreneur principal et au sous-traitant de reprendre expressément dans leur contrat les dispositions similaires à celles de l'article 1793

du Code civil, pour faire produire au contrat de sous-traitance les effets reconnus par les dispositions du marché à forfait. La Cour de cassation casse l'arrêt de la cour d'appel qui condamne une entreprise principale à payer à son sous-traitant des travaux supplémentaires non commandés par écrit, alors qu'« *il était stipulé dans le contrat de sous-traitance qu'aucun travail supplémentaire ne serait reconnu ou payé s'il n'avait fait l'objet d'un ordre de service signé de la direction de l'entreprise générale, contresigné du maître d'ouvrage* » (Cass. 3e civ., 16 mars 2004, Société Vergne).

### 2.2.2. Le contrat doit porter sur la construction d'un bâtiment

Si l'on s'en tient à une interprétation restrictive de l'article 1793 du Code civil, le forfait ne concernerait que les travaux de « construction » d'un « bâtiment ».

**Par le terme « construction »**, la jurisprudence a étendu cette notion à tous les travaux portant sur le gros œuvre d'un édifice qui subit une profonde transformation. Il peut donc s'agir de travaux de construction proprement dits ou encore de travaux de rénovation ou de réhabilitation. Cependant, les travaux d'entretien de certains locaux déjà construits, ou ceux ne portant que sur de simples agencements ou aménagements, sont exclus du champ d'application de l'article 1793, comme par exemple les travaux de peinture ou de miroiterie dans un débit de boissons, ou encore les travaux d'aménagement et de décoration d'un magasin.

**Pour le terme « bâtiment »**, la jurisprudence s'est montrée plus restrictive, dans la mesure où elle exclut ce qui est, par nature, étranger à la construction d'un bâtiment, tel que la construction d'un court de tennis, d'une piste de karting, ou encore la réalisation d'un réseau d'assainissement des eaux ou celle de voies de communications et de places publiques dans un lotissement.

### 2.2.3. Nécessité d'un plan arrêté et convenu

L'article 1793 précise qu'un plan arrêté et convenu est nécessaire.

**Par « plan », il faut entendre** l'ensemble des documents contractuels de toute nature qui définissent les constructions à exécuter, dans des conditions telles que l'entrepreneur puisse se rendre compte exactement de l'ensemble de leurs caractéristiques et donne un consentement éclairé au marché. Il s'agit des documents contractuels entendus au sens large et définissant avec précision l'ouvrage projeté.

La Cour de cassation a précisé que l'article 1793 du Code civil n'impose pour le plan convenu entre les parties « aucune forme spéciale » ; ainsi l'absence de devis descriptif ne suffit-elle pas à faire perdre au marché son caractère forfaitaire. Dès lors, la cour d'appel doit rechercher si la nature et l'importance des travaux avaient été suffisamment précisées.

**En revanche, ne sauraient être considérés comme constituant le plan** qui détermine l'importance des travaux, et dont l'existence est exigée pour qu'il y ait forfait :

- l'écrit qui ne détermine pas avec précision le volume, la nature et les modalités des travaux ;
- l'écrit qui se borne à donner le détail des diverses pièces composant le bâtiment, leur destination, l'emplacement des portes et fenêtres, mais omet d'indiquer la hauteur de la maison, n'en prévoit la largeur que de façon approximative, omet de désigner l'épaisseur des murs, les dimensions des ouvertures, l'établissement de l'escalier principal, et de s'expliquer sur les fournitures de vitrerie et de serrurerie ;

- les plans ne comportant pas d'indication permettant aux contractants d'être parfaitement d'accord sur le travail à exécuter et à l'entrepreneur de se rendre exactement compte de la dépense que ce travail peut entraîner pour lui ;
- le devis qui, sans être arrêté à un chiffre global, ne contient que les quantités et masses approximatives du matériel et des travaux, avec indication de prix unitaires ;
- les indications vagues de devis, ne fixant pas les conditions de la convention.

**Non seulement l'existence d'un plan est exigée**, mais il faut, en outre, que ce plan ait été :

- **arrêté,** c'est-à-dire qu'il présente un caractère définitif ;
- **convenu**, c'est-à-dire accepté par chacun des contractants (entrepreneur et maître d'ouvrage).

**C'est au moment de la signature du contrat qu'il convient de se placer** pour savoir s'il y a plan arrêté et convenu. En effet, la détermination postérieure des travaux est inconciliable avec la notion de forfait. Toutefois, la Cour de cassation a eu l'occasion de retenir la qualification du marché forfaitaire alors même que l'étendue précise des travaux à réaliser était postérieure à la commande et au début des travaux. La Cour a constaté que les entrepreneurs ayant signé l'acte d'engagement près de deux mois après la commande correspondant au début de leur intervention, avaient participé à plusieurs réunions de cadrage leur ayant permis d'acquérir une connaissance approfondie de la nature et de l'ampleur des travaux, et qu'ils avaient les compétences techniques nécessaires à l'appréciation des moyens à mettre en œuvre et du temps à y consacrer (Cass. 3e civ., 29 mars 2006).

Les parties peuvent, après la passation du contrat et en cours d'exécution, compléter le plan arrêté et convenu par des dessins de détail et d'exécution, sous la réserve que ces dessins ou les précisions qui sont données à l'entrepreneur ne fassent que préciser les modalités de l'exécution prévue, sans porter atteinte aux dispositifs du marché.

En principe, les modifications des plans et descriptifs en cours de travaux ne modifient pas le caractère forfaitaire du marché lorsqu'ils sont suffisamment précis et ne subissent que des modifications et changements qui ne sont pas qualifiés de « substantiels ».

**Paiement de prestations supplémentaires pour pallier la mauvaise exécution d'un autre entrepreneur**. En l'espèce, le maître d'œuvre a demandé à une entreprise d'effectuer des prestations supplémentaires pour pallier une mauvaise exécution d'un autre cocontractant et pour réaliser d'autres prestations non prévues dans le plan d'exécution de son lot. Après avoir constaté que le CCAP prévoyait que le prix forfaitaire « *est réputé comprendre toutes les dépenses résultant de l'exécution des travaux* […] [et qu'à] *l'exception des seules sujétions mentionnées dans le marché comme n'*étant pas couvertes par les prix, ceux-ci sont réputés tenir compte de toutes les sujétions d*'exécution des travaux qui sont normalement prévisibles* », la Cour a cependant estimé que « *ces stipulations ne font* ***pas obstacle à ce que l'entreprise soit rémunérée des suppléments de travaux qu'elle établit avoir réalisés*** *pour livrer un ouvrage conforme aux règles de l'art* ***afin d'adapter son ouvrage aux travaux réalisés par d'autres corps d'état dans des conditions divergeant des spécifications contractuelles telles qu'elles ressortent des pièces du marché,*** *notamment de la décomposition du prix global et forfaitaire (DPGF) ou des plans d'exécution établis par la maîtrise d'*œuvre ». Elle en a déduit que, dès lors que ces conditions sont remplies, une rémunération supplémentaire est due sans qu'il soit nécessaire de rechercher si le maître d'œuvre a délivré un ordre de service (CAA Lyon, 3 mai 2012, Société Gracio).

### 2.2.4. Le prix du marché

**Le marché doit être forfaitaire et non à prix unitaires**. Une cour d'appel, constatant l'existence d'un bordereau de prix unitaires, l'absence de référence à un forfait dans le contrat, et la suppression de la facturation liée aux travaux non exécutés, a pu décider – à bon droit – que le contrat n'était pas un marché forfaitaire (Cass. 3e civ., 25 mai 2005, EPRP).

**L'entrepreneur est engagé par le prix convenu**. Le prix forfaitaire est celui par lequel l'entrepreneur s'engage irrévocablement (sauf à tenir compte du jeu de la clause contractuelle de révision de prix et des travaux qui lui seraient régulièrement commandés) à exécuter les travaux qui lui sont confiés au prix convenu, les aléas, bons ou mauvais, de l'exécution étant à son bénéfice ou à sa charge.

**Le prix forfaitaire peut faire l'objet d'une actualisation ou d'une révision**.

**Le prix forfaitaire est intangible**. Le caractère forfaire d'un prix contractuellement convenu s'oppose, lorsque la prestation prévue a été accomplie conformément au contrat, à ce que ce prix soit revu, à la hausse ou à la baisse, pour tenir compte du coût réel de la prestation.

Ni l'entrepreneur ni le maître d'ouvrage ne peuvent prétendre remettre en discussion le prix forfaitaire en :

- alléguant des surestimations (ou des sous-estimations) en quantités ou en prix du détail estimatif, décomposant le prix forfaitaire ;
- se prévalant du fait que les prix ont été indiqués comme établis suivant certaines bases (qui se révéleraient inexactes) ou d'erreurs de calcul dans l'établissement du devis. Seul le prix forfaitaire est, en effet, contractuel et lie les parties.

Mais l'existence du forfait ne fait pas obstacle à ce que ne soient pas payées les prestations prévues au marché et non exécutées, ou incomplètement exécutées.

**L'erreur de calcul ne peut faire échec à la règle de fixité du prix global** prévu au contrat de louage d'ouvrage, même si le prix est très inférieur à la valeur réelle des travaux.

**Le caractère intangible du prix forfaitaire joue également en faveur de l'entrepreneur**. Le maître d'ouvrage ne peut contester le prix forfaitaire à la baisse dès lors que les travaux prévus ont été effectivement réalisés.

C'est ce que confirme la Cour de cassation dans deux arrêts (Cass. 3e civ. 17 mai 1995, Société rhodanienne de carrelages c/ SVI L'Hôtel ; Cass. 3e civ., 26 mars 1997, SCI Parasol c/ Faugeron).

Ces arrêts montrent bien la particularité du marché à forfait : les quantités, les techniques de réalisation sont en général indicatives. L'entrepreneur doit terminer conformément aux règles de l'art l'ouvrage demandé, puisque ce qui n'est pas expressément convenu mais exigé par les règles de l'art doit être fait. Parfois, le mieux est moins onéreux pour le maître d'ouvrage et celui-ci ne peut se prévaloir alors de la modification pour obtenir une réduction des prix, si la solution retenue est plus avantageuse pour lui.

C'est ce que retient l'arrêt du 26 mars 1997 : « *Mais attendu qu'ayant relevé que le contrat liant la SCI à la société Dumez Atlantique était un marché à forfait, que selon l'expert* ***le changement apporté à la structure porteuse du bâtiment n'avait porté atteinte ni à sa conception architecturale ou fonctionnelle, ni à ses qualités techniques, et présentait un avantage pour le maître de l'ouvrage****, la cour d'appel, qui n'*était pas tenue de procéder à des recherches que ses constatations rendaient inopérantes, a pu en déduire, sans inverser la charge de la

preuve, abstraction faite d'*un motif surabondant,* ***que la SCI était mal fondée dans sa demande de diminution du prix***. »

**Le montant du forfait est dû à l'entrepreneur dès lors que les travaux sont exécutés ou, en cas de diminution dans la masse des travaux, réceptionnés sans réserve**. La cour administrative d'appel de Nancy considère qu'il résulte des dispositions de l'article 11.22 du CCAG Travaux « *que, dans le cas d'un marché à prix forfaitaire, sauf circonstances particulières ou accord non équivoque des parties sur une révision du prix convenu, le prix stipulé est dû dès lors que l'ouvrage, la partie d'ouvrage ou l'ensemble des prestations objet du marché a été exécuté* ».

De plus, la cour d'appel considère « *que si la COMMUNE DE STEINSOULTZ soutient néanmoins que la société Isolation D. X n'aurait pas réalisé l'ensemble des prestations objet du marché, en supprimant le couvre-joint vertical à un angle et réduisant de 469 à 370 m² la surface prévue de piquetage d'enduit, elle n'apporte pas la preuve de ses allégations, alors qu'elle a réceptionné sans réserve les travaux objet du marché en s'abstenant notamment de renseigner la rubrique prévue par le procès-verbal de réception concernant l'existence de travaux restant à terminer ou à parfaire* » (CAA Nancy, Commune de Steinsoultz, 19 mars 2009).

**Caractère absolu du prix forfaitaire, même en cas de diminution des prestations par le maître d'ouvrage**. Le Conseil d'État rappelle le caractère absolu du prix forfaitaire en indiquant que « *l'ordre donné par la VILLE DE MARSEILLE à la société de suspendre les travaux d'entretien pour les mois d'octobre et novembre 1998 était donc sans incidence sur le prix du marché et sur son droit au paiement d'un douzième du prix convenu pour les mois d'octobre et de novembre 1998* ; *que si l'article 1.2. du cahier des clauses administratives particulières du marché prévoit que l'administration se réserve la possibilité de diminuer ou d'augmenter dans le cadre des marchés d'entretien la liste des espaces verts à entretenir sans qu'aucune réclamation de l'entreprise ne puisse être élevée, cette clause autorise la personne publique à faire varier le périmètre d'exécution du contrat, mais non à en suspendre l'application ; qu'elle est sans incidence sur le paiement du prix contractuellement prévu* ; *que la société Horizons Verts 2000 est ainsi fondée à soutenir que la ville ne pouvait refuser de lui verser les règlements mensuels correspondant aux mois d'octobre et novembre 1998* » (CE, 7 juin 2010, Ville de Marseille c/ Horizons Verts 2000).

**Forfait. Diminution des quantités de matériaux mis en œuvre. Pas de réfaction du prix**. Dans un marché au forfait consenti par le centre hospitalier de Saint-Dizier, une modification du système d'assainissement initialement prévu a conduit à une diminution des coûts d'un montant de 239 064,91 € TTC. L'instruction démontre que les prestations objet du marché ont été exécutées dans leur intégralité. Pour le Conseil d'État, « *la circonstance que cette exécution se soit révélée moins onéreuse que prévu n'est pas de nature à justifier la remise en cause du mode de détermination forfaitaire du prix du marché conclu entre le centre hospitalier de Saint-Dizier et le groupement dont la société Eurovia Champagne Ardenne était mandataire* ». En conséquence, le maître d'ouvrage ne pouvait pratiquer au détriment du groupement une réfaction portant sur la somme de 239 064,91 € (CE, Centre hospitalier de Saint-Dizier).

**En revanche, ne peuvent être considérés comme des marchés à forfait** :

- les marchés dans lesquels le prix est indiqué comme approximatif (Cass. 3e civ., 13 janvier 1964), ou dont les dispositions ne font pas apparaître le caractère forfaitaire certain du prix : « *Ne présente pas de caractère forfaitaire le contrat dans lequel le maître de l'ouvrage se réserve de rectifier les erreurs dans le sens d'une diminution du prix global ou de contrôler les rectifications demandées par l'entrepreneur qui aboutiraient à une augmentation du prix* » (Cass. 3e civ., 25 mars 1980) ;

- les marchés prévoyant le règlement des travaux par application de prix unitaires aux quantités correspondantes d'ouvrages exécutés : « *L'application de prix unitaires aux quantités correspondantes d'ouvrages réellement exécutées exclut de façon décisive le caractère forfaitaire du contrat* » (Cass. 3e civ., 26 février 1986) ;
- les marchés dans lesquels il n'est pas fait mention d'un prix global ou dont le prix est indéterminé : « *Justifie légalement sa décision refusant de retenir l'existence d'un marché à forfait la cour d'appel qui relève que les conditions d'exécution des travaux, les délais, les obligations des entreprises, la masse des travaux, ainsi que les conditions de règlement, étaient mal définis* » (Cass. 3e civ., 20 novembre 1991).

**Un devis estimatif ne suffit pas à rendre un marché forfaitaire**. Lorsque l'acte d'engagement ne fait pas mention d'un prix global et forfaitaire et qu'il prévoit que l'évaluation de l'ensemble des travaux résulte du devis estimatif, le marché ne peut être considéré comme à forfait (Cass. 3e civ., 1er décembre 2010, Société B et F réalisations c/ SCI Castel).

## 2.3. Les conséquences du marché forfaitaire

### 2.3.1. Le principe : non-paiement des travaux supplémentaires en l'absence d'autorisation écrite et de prix convenu avec le « propriétaire »

**L'entrepreneur n'a droit à une rémunération supplémentaire que s'il est établi que les modifications ont été commandées et acceptées par le maître d'ouvrage**.

**Il s'agit là d'un principe strict**, appliqué de façon rigoureuse par la Cour de cassation :

- l'accord verbal est exclu ;
- l'ordre doit être écrit ;
- l'ordre doit être chiffré ;
- l'ordre doit émaner du maître d'ouvrage ;
- l'acceptation et l'établissement de l'OS par l'architecte ne sont pas suffisants ;
- les travaux indispensables à la stabilité et à la destination de l'immeuble ne sont pas plus pris en considération ;
- la passivité du maître d'ouvrage informé ne peut être assimilée à une autorisation.

**La rémunération d'une prestation supplémentaire ne peut être admise que sous trois conditions** :

- **Nécessité d'une autorisation de travaux supplémentaires** :
  - toute modification au « plan arrêté et convenu » requiert l'approbation du maître d'ouvrage et doit faire l'objet d'un OS écrit ;
  - l'écrit nécessaire doit être préalable à l'exécution des travaux supplémentaires. Sinon, l'entrepreneur ne pourrait en exiger le règlement ;
  - l'écrit ne peut être remplacé par un commencement de preuve par écrit, en matière de travaux supplémentaires soumis au régime de l'application du forfait.
- **Caractère non équivoque de l'autorisation** :
  - l'autorisation doit montrer la volonté d'accepter une augmentation de prix. D'où la nécessité, pour l'entrepreneur, de présenter et d'établir, préalablement à l'exécution de la prestation, un devis ;

– rien n'interdit à l'entrepreneur de proposer des prix nouveaux lorsque la prestation ou la tâche ne sont pas prévues dans la décomposition du prix global et forfaitaire (DPGF). Cependant, il doit exister, en tout état de cause, une cohérence entre les sous-détails des prix de la DPGF et ceux des prix nouveaux. Ce souci de cohérence permettra et facilitera, pour le maître d'œuvre et pour le maître d'ouvrage, la délivrance de l'OS. Rien n'interdit, en revanche, au maître d'ouvrage de manifester sa volonté non équivoque de façon négative. Dans le cadre d'un désaccord sur l'interprétation d'une limite de prestation, l'entrepreneur peut soumettre néanmoins un devis. Le maître d'ouvrage pourra alors établir un OS portant la mention « sans incidence financière ». L'entrepreneur pourra émettre des réserves sur cet OS, ce qui lui permettra ainsi de faire valoir ses droits dans le cadre du décompte définitif général.

- **Autorisation des travaux supplémentaires émanant du maître d'ouvrage** :
  – l'autorisation doit provenir du maître d'ouvrage lui-même. Certes, le maître d'œuvre peut préparer l'établissement de cet OS, mais il n'en reste pas moins vrai que celui-ci doit être signé par le maître d'ouvrage ;
  – le maître d'œuvre n'est pas le mandataire du maître d'ouvrage, sauf stipulation contractuelle contraire rarissime en matière de marchés privés. La Cour de cassation s'est prononcée très clairement sur ce sujet et, à l'heure actuelle, cette jurisprudence n'est pas remise en cause ;
  – la Cour de cassation fait application de ces règles, à propos de travaux supplémentaires ayant donné lieu à un mémoire accepté sans réserves par l'architecte. Cassant un arrêt de la cour d'appel de Rennes, la Cour de cassation a décidé que le maître d'ouvrage n'était pas tenu par l'acte du maître d'œuvre, « ***faute d'un mandat donné par le maître de l'ouvrage au maître d'œuvre à l'effet d'accepter les travaux supplémentaires réalisés*** » (Cass. 3e civ., 26 novembre 1994, Credon).

**Les travaux doivent avoir été acceptés par écrit par le maître d'ouvrage : l'attestation du maître d'œuvre est inopérante**. « *Alors qu'il résulte de l'article 1793 du Code civil que dans un marché à forfait un supplément de prix pour des travaux supplémentaires, quels qu'ils soient, ne peut être réclamé par l'entrepreneur que si ces travaux ont été acceptés par écrit par le maître d'ouvrage ; qu'ainsi la cour d'appel, en s'attachant, pour condamner Monsieur Bressand au paiement de tels travaux, à l'attestation de l'architecte selon laquelle il n'avait pas lui-même refusé les travaux, à une offre de transaction de Monsieur Bressand non acceptée et au fait qu'il s'agissait de travaux de finition, s'est fondée sur des éléments inopérants insusceptibles de pallier l'absence d'accord écrit et a violé le texte précité* » (Cass. 3e civ., 27 mars 2007, M. Bressand c/ société Bossy Raymond).

**Seul le maître d'ouvrage a qualité pour commander les travaux supplémentaires : pas le maître d'ouvrage délégué**. L'entrepreneur doit donc vérifier que le maître d'ouvrage délégué a reçu un mandat spécial pour accepter des travaux supplémentaires. Viole les dispositions des articles 1793 et 1989 du Code civil la cour d'appel qui a accueilli la demande de travaux supplémentaires présentée par l'entrepreneur en retenant que ceux-ci ont été acceptés par le maître d'ouvrage délégué, sans constater que ce dernier avait reçu un mandat spécial du maître d'ouvrage pour accepter des travaux supplémentaires et que ces modifications étaient voulues par ce dernier » (Cass. 3e civ., 21 septembre 2010 ; et CA Aix-en-Provence, 19 mai 2011, SAS Campenon Bernard).

Ainsi, non seulement le maître d'œuvre, mais également le maître d'ouvrage délégué ne sont pas présumés mandatés par le maître d'ouvrage pour passer commande de travaux supplémentaires. Ils doivent avoir un mandat spécial. Cette jurisprudence est sévère, car si un entrepreneur peut se douter qu'un architecte n'est pas de plein droit habilité à commander des travaux supplémentaires, il pourrait plus facilement croire qu'un maître d'ouvrage délégué est habilité à le faire.

**Le manque de prévision de l'entrepreneur n'est pas de nature à modifier le caractère forfaitaire** du contrat. La Cour de cassation casse l'arrêt qui, pour accueillir la demande en paiement de travaux supplémentaires d'un entrepreneur chargé de la construction à forfait d'un bâtiment, retenait que la mauvaise qualité du sol et les obstacles qu'il avait rencontrés avaient constitué des facteurs l'obligeant à modifier les travaux initialement envisagés (Cass. 3e civ., 6 mai 1998, Société SEM Gazost).

**Même s'ils sont plus importants que ceux qui avaient été prévus initialement**, les travaux qui ne modifient pas l'objet du contrat sont dus par l'entrepreneur (par exemple, type de fondations s'avérant nécessaire à la réalisation de l'ouvrage). Dès lors que le marché signé stipule le caractère global et forfaitaire du prix des travaux, l'entreprise de gros œuvre est tenue d'exécuter les travaux nécessités par les fondations plus importantes que prévues dans un document antérieur au contrat.

**Nul besoin d'autorisation du maître d'ouvrage pour que l'entrepreneur exécute les travaux nécessaires**. Ainsi, « l'absence d'ouvrage » exigée pour la conformité des travaux aux règles de l'art sera mise à la charge de l'entreprise.

**Les travaux de sécurité indispensables sont également implicitement inclus dans le forfait** et ne peuvent donner lieu à une demande de rémunération supplémentaire. Par exemple, le maître d'ouvrage est en droit de refuser le paiement de gardes de corps imposés par le contrôleur technique en cours de chantier et non prévus dans le marché. La Cour de cassation a, en effet, considéré qu'il s'agissait d'éléments indispensables à la sécurité de l'immeuble devant être intégrés dans le marché forfaitaire (Cass. 3e civ., 8 juin 2005, SCI Les Collines de Bréguille).

**L'abandon de chantier engage la responsabilité de l'entrepreneur**. Une entreprise chargée de la construction d'un bâtiment industriel, dans le cadre d'un marché à forfait, bien qu'elle soit payée de l'intégralité des sommes dues, abandonne le chantier. Le maître d'ouvrage lui réclame le remboursement des sommes versées, fait constater la résiliation du marché et obtient des dommages-intérêts. L'entreprise soutient que l'économie du marché a été bouleversée par la modification considérable du volume de travaux. La Cour de cassation estime que « *la société RPR avait décidé unilatéralement de rompre les marchés la liant à la SCI au motif qu'elle a mal apprécié les quantités nécessaires à la réalisation de l'ouvrage,* ***alors que, l'entrepreneur professionnel ne pouvant arguer de l'économie des contrats****, de l'équité ou de la loyauté,* ***il lui appartenait de s'assurer que les devis qu'elle établissait étaient conformes aux prescriptions techniques de la construction projetée, la cour d'appel a pu en déduire que la responsabilité de la rupture des marchés incombait à la société RPR Entreprise*** » (Cass. 3e civ., 22 octobre 2008, Société RPR Entreprise c/ SCI Finim).

**Les erreurs faites par l'architecte ne peuvent entraîner sortie du forfait, même si ces erreurs aboutissent à un bouleversement de l'économie du contrat**. Ainsi, dans un arrêt du 18 décembre 2007, une cour d'appel avait admis la sortie du forfait dans la mesure où l'économie du marché initial avait été bouleversée en raison d'erreurs de métré commises par l'architecte ayant entraîné pour l'entrepreneur des surplus de travaux non prévus au devis initial, ce qui avait été reconnu

par le maître d'ouvrage. La Cour de cassation casse cette décision, car elle considère qu'il s'agit de circonstances imprévisibles non imputables au maître d'ouvrage et qui ne sont pas dès lors de nature à entraîner une modification du caractère forfaitaire du contrat (Cass. 3e civ., 18 décembre 2007).

Dans un arrêt du 11 mars 2008, la Cour de cassation refuse la sortie du forfait pour la réalisation, par un entrepreneur, d'escaliers exécutés en mode traditionnel après démolition des escaliers préfabriqués qui étaient pourtant ceux objet du marché, à la suite du refus de réception par le bureau de contrôle alors que ces modifications avaient été commandées en urgence par son architecte (Cass. 3e civ., 11 mars 2008).

De même encore, dans un autre arrêt du 26 février 2008, l'entrepreneur s'est vu refuser tout supplément de prix alors qu'il avait été confronté à un changement des fondations et à des travaux supplémentaires dus aux erreurs de métré du maître d'œuvre (Cass. 3e civ., 26 février 2008).

**Le montant du forfait ne peut être modifié en cas d'erreur du taux de TVA**. Au moment du règlement des comptes, l'entrepreneur soutient qu'il s'est trompé en faisant bénéficier le maître d'ouvrage du taux de TVA réduit et qu'il y a lieu d'appliquer le taux normal. Le Conseil d'État considère que le montant d'un marché à forfait ne peut être unilatéralement modifié, même au motif d'un changement ou d'une erreur dans le taux de TVA (Cass., 3e civ., 11 mai 2011, Époux Sourdon c/ Bataille).

**Il incombe à l'entreprise de déterminer et d'informer son client du taux de TVA applicable**. En conséquence, l'entreprise qui a facturé un taux de TVA à 5,5 % pour des travaux de rénovation qui constituaient en réalité des travaux de construction, est responsable de sa facturation et ne peut demander à son client de payer le complément d'imposition (à moins que le client n'ait fourni une attestation erronée ou que les parties n'aient contractuellement prévu un complément de prix égal au montant de TVA effectivement dû (Cass., 21 juin 2011).

**L'article 1793 prime sur les stipulations de la norme Afnor NF P 03-001**. La Cour de cassation a cassé un arrêt de la cour d'appel qui avait accepté le paiement de travaux supplémentaires dans le cadre d'un marché forfaitaire **sans relever l'existence d'une autorisation écrite** donnée par le maître d'ouvrage et d'un prix convenu avec lui : « *Les règles établies par la norme Afnor ne peuvent prévaloir sur les dispositions légales.* » Cet arrêt consacre le caractère d'ordre public de l'article 1793 du Code civil, qui s'impose aux parties dès lors qu'elles optent pour un marché forfaitaire. L'accord du maître d'ouvrage ne peut, sur le fondement de l'article 1793 du Code civil, découler de son silence à la réception de la demande de règlement des travaux supplémentaires (Cass. 3e civ., 11 mai 2006, Société Sofranor).

Cette solution est confirmée par la Haute Juridiction le 24 mars 2009, dans une autre affaire. L'entrepreneur, qui a conclu un marché à forfait, demande le prix de travaux supplémentaires au maître d'ouvrage qui refuse. La cour d'appel le condamne en application de la norme Afnor qui l'oblige à notifier le décompte définitif des travaux dans les délais fixés (art. 17.6.2 de l'édition de septembre 1991). Elle estime qu'en l'absence de cette notification, le mémoire est devenu définitif et que le prix doit être payé, y compris le montant des travaux supplémentaires. La Cour de cassation estime que les dispositions de la norme ne peuvent prévaloir sur les dispositions légales et qu'ainsi les travaux supplémentaires doivent être autorisés par écrit : « *Qu'en statuant ainsi, alors que les règles de la norme Afnor ne peuvent prévaloir sur les dispositions légales et que la SCI contestait devoir régler les travaux supplémentaires,* ***sans relever l'existence d'une autorisation écrite*** *donnée par cette dernière, la cour d'appel a violé le texte susvisé*

[1793 du Code civil] » (Cass. 3e civ., 24 mars 2009, SCI 25 avenue Saint-Barnabé c/ société R2C).

La Cour de cassation a, à nouveau, confirmé cette solution par un arrêt du 7 septembre 2010 : « *Qu'en statuant ainsi, alors que les règles établies par la norme NF P 03001 ne peuvent prévaloir sur les dispositions légales et que la société NLA contestait avoir commandé des travaux supplémentaires et devoir le montant d'une réclamation,* ***sans relever l'existence d'une autorisation écrite*** *donnée par cette dernière et d'un prix convenu avec elle, tout en constatant que le marché avait été conclu par un marché global et forfaitaire, la cour d'appel a violé l'article 1793 du Code civil* » (Cass. 3e civ., 7 septembre 2010, Société Nouveau Logis Azur).

*Attention !*

**En droit commun, les conditions de paiement des travaux supplémentaires se sont durcies. Lorsque l'article 1793 du Code civil est inapplicable, la Cour de cassation entend enfermer les possibilités de paiement des travaux supplémentaires dans l'alternative : commande expresse avant réalisation ou acceptation sans équivoque après exécution, et cela en toute circonstance. La Cour de cassation procède à un rapprochement de la jurisprudence rendue sur le fondement de l'article 1793 du Code civil et d'une certaine lecture de l'article 1134 du même code (Cass. 3e civ., 27 septembre 2006 ; et Cass. 3e civ., 11 février 2009). La Cour d'appel ne pouvait pas conclure que le maître d'ouvrage avait expressément commandé les travaux supplémentaires avant leur réalisation ou les avaient acceptés sans équivoque après leur exécution, et ce même en l'absence d'un marché à forfait (Cass. 3e civ, 11 janvier 2011, Guibout c/ Archiligne).**

***EN RÉSUMÉ***

**Pas de travaux supplémentaires sans avenant**. C'est une règle impérative.

**Lors de la conclusion du marché à forfait**, il est impératif d'être le plus précis possible sur le descriptif des prestations qui sera fourni en joignant au besoin une liste de celles qui sont exclues du forfait. Compte tenu de son obligation de conseil, l'entrepreneur sera tenu des prestations nécessaires à l'ouvrage, et ce même si elles ne figurent pas dans le forfait. D'où l'intérêt de les exclure expressément plutôt que de les passer sous silence.

**Pendant l'exécution des travaux**, l'entrepreneur doit respecter scrupuleusement le cadre du forfait et exiger la signature d'un avenant pour la réalisation de tous les travaux qui n'en font pas partie.

### 2.3.2. Les exceptions au principe

#### *1. Ajout de clauses modifiant le caractère forfaitaire du contrat*

L'article 1793 du Code civil dispose que lorsqu'un entrepreneur s'est chargé de la construction à forfait d'un bâtiment, seuls les travaux supplémentaires commandés par écrit par le propriétaire du sol doivent être payés. Mais ces dispositions ne s'appliquent qu'au forfait pur et simple.

**Les règles du forfait cessent d'être applicables lorsque les parties, tout en stipulant le forfait, y ont ajouté des clauses qui en modifient le caractère et les effets**. C'est le cas lorsque le maître d'ouvrage conclut un marché de travaux forfaitaire avec une clause selon laquelle les travaux de « construction » devraient faire l'objet d'un ordre écrit de l'architecte et seraient réglés sur la base du devis remis par l'entrepreneur. La Cour de cassation (3e civ., 27 mars 1996, Le Bec) a jugé qu'une telle disposition permettant l'exécution de travaux supplémentaires dont la nature ne serait pas déterminée, sans écrit du maître d'ouvrage, s'avérait incompatible avec le forfait et excluait l'application de l'article 1793 du Code civil. De

plus, le maître d'ouvrage ayant reçu les comptes rendus de chantier sans formuler la moindre observation, la Haute Cour a décidé que son refus de payer les travaux supplémentaires était injustifié.

**Il en est de même lorsque certains travaux sont expressément exclus dans le marché**. La Cour de cassation a eu l'occasion de préciser que les travaux non inclus dans le prix forfaitaire doivent être rémunérés en sus (Cass. 3e civ., 28 novembre 2001, Eiffel).

**La norme Afnor NF P 03-001 prévoit que le prix ne comprend que ce qui est *normalement prévisible*.** L'article 9.1 de la norme Afnor NF P 03-001, dans son édition de décembre 2000, précise que :

> *Les prix du marché sont réputés tenir compte de toutes les circonstances de l'implantation, des particularités du projet et des délais, et rémunèrent l'entrepreneur de tous ses débours, charges et **obligations normalement prévisibles** ainsi que de celles des dépenses d'intérêt commun mises à sa charge par le descriptif de son lot. En sorte que la rémunération de l'entrepreneur pour l'exécution des travaux formant l'objet définitif du marché ne subira aucune variation.*

L'ajout des mots « normalement prévisibles » permet de supposer qu'un tribunal acceptera d'octroyer une rémunération supplémentaire à l'entrepreneur qui serait confronté en cours d'exécution à des sujétions imprévues.

**Forfait : droit à indemnité au titre d'une variante imposée par le maître d'ouvrage en cours de consultation, sans étude préalable de la maîtrise d'œuvre**. Pour s'opposer à l'indemnisation de l'entrepreneur, le maître d'ouvrage indiquait que l'entrepreneur avait accepté cette variante en concluant le marché et qu'il était engagé au forfait. La Cour administrative d'appel de Paris condamne néanmoins le maître d'ouvrage à réparer le préjudice causé, eu égard à l'insuffisance du dossier de consultation fourni aux candidats au marché. En effet, la variante ne leur avait été donnée qu'au cours de la procédure de passation sous la forme d'un additif modificatif au CCTP, qu'elle n'avait pas fait l'objet d'études de la part de la maîtrise d'œuvre et que le maître d'ouvrage avait refusé la prolongation du délai de remise des offres sollicitée par la requérante pour étudier les modifications des structures de l'ouvrage du fait de la variante. La cour considère que « *compte tenu de ces circonstances, la société requérante a été amenée à déposer une offre sans pouvoir évaluer les coûts générés par ladite variante* ». Elle condamne l'État à supporter les deux tiers du coût des études et travaux supplémentaires résultant de la variante, le restant étant laissé à la charge de l'entreprise en raison de l'imprudence commise par elle en soumissionnant dans de telles conditions (CAA Paris, 8 mars 2010, Cie française Eiffel Construction métallique).

#### *2. Le bouleversement de l'économie du contrat*

**Le constat, par le juge, du bouleversement de l'économie du marché** permet également à l'**entrepreneur d'obtenir un supplément de prix**. En effet, lorsque les travaux à réaliser sont sans commune mesure avec les travaux initialement prévus, le contrat devient déséquilibré et la règle du forfait doit tomber.

Pour savoir s'il y a ou non bouleversement de l'économie du marché, il convient de déterminer si les modifications aux plans et devis initiaux, c'est-à-dire les travaux supplémentaires exécutés par l'entrepreneur, ont modifié l'objet du contrat. Il peut, par exemple, s'agir de la construction d'un atelier devenue la construction de bureaux. Il peut s'agir également d'ouvrages adjoints à ceux prévus dans le forfait, comme la construction d'une patinoire en sus de la construction convenue.

Un arrêt en date du 8 mars 1995 (Cass. 3e civ., Société Loft C2 c/ société Gouillon-Giroud et autres) le rappelle en ces termes : « *ayant relevé que* ***de nombreuses modifications*** *avaient été apportées aux marchés initiaux, que* ***ni les plans originaires, ni les descriptifs annexés au marché n'avaient été respectés****, que les* ***volumes et la nature des prestations*** *fournies par chaque entrepreneur avaient été* ***modifiées de façon considérable*** *en cours d'exécution des travaux et que ces* ***modifications avaient été voulues par le maître de l'ouvrage****, la cour d'appel en a exactement déduit que le* ***bouleversement de l'économie de tous les contrats avait fait perdre aux marchés leur caractère forfaitaire*** ».

La Haute Cour a également statué en ce sens (Cass. 3e civ., 28 février 1996 ; et Cass. 3e civ., 18 juin 1986) pour des modifications d'une ampleur exceptionnelle effectuées à la demande du maître d'ouvrage, mais sans son accord exprès à la sortie du forfait. Ces décisions sont confirmées par un arrêt du 12 mars 1997 (Cass. 3e civ., Compagnie générale de travaux et d'installations électriques), où la Cour de cassation admet de contrôler l'existence d'un bouleversement de l'économie du contrat qui fait perdre à un marché initial son caractère forfaitaire. En l'espèce, la double constatation d'une commande de travaux supplémentaires et d'un doublement du prix révélait que les travaux en question n'étaient pas de ceux qui sont nécessairement inclus dans le forfait. Elle a censuré une cour d'appel qui, alors que des travaux supplémentaires avaient été « commandés » et exécutés et que le volume des travaux avait doublé, avait refusé de faire perdre au marché initial son caractère forfaitaire. La cour d'appel n'avait pas tiré les conséquences de ses propres constatations.

La cour d'appel constatant que les travaux initialement prévus pour la rénovation d'un immeuble et sa transformation en hôtel avaient été **considérablement modifiés avec l'accord du maître d'ouvrage, tant dans leur nature que dans leur importance**, a légalement pu retenir le **bouleversement de l'économie du contrat, faisant ainsi perdre à celui-ci son caractère forfaitaire** (Cass. 3e civ., 26 novembre 2003, SCI Bagalam).

**Le constat, par le juge, du bouleversement de l'économie du marché, permet à l'entrepreneur d'obtenir un supplément de prix** : « *Les modifications apportées au projet initial avaient conduit à un bouleversement de l'économie du marché dont le caractère forfaitaire ne pouvait plus être invoqué, et les sommes réclamées correspondant aux travaux exécutés étaient dues* » (Cass. 3e civ., 18 décembre 2012, M. X.)

**Le constat, par le juge, du bouleversement de l'économie du marché, permet à l'entrepreneur d'obtenir un supplément de prix** : « Attendu qu'ayant relevé que n'étaient établis ni l'accord exprès préalable du syndicat des copropriétaires sur la modification de la corniche et sur le prix, ni son acceptation expresse a posteriori*, la cour d'appel, qui a retenu que l'augmentation du prix, qui résultait d'un changement de programme intervenu en cours de travaux et non d'une erreur de l'entreprise dans l'établissement de son forfait, représentait* ***plus qu'un doublement du prix au mètre linéaire et portait en quantité sur les 2/3 du marché et qui a pu en déduire qu'***était démontrée l'***existence d'un bouleversement de l'***économie du contrat ayant entraîné la sortie du forfait, *a légalement justifié sa décision* » (Cass. 3e civ., 24 septembre 2013, Syndicat des copropriétaires du centre commercial régional Evry II).

#### *3.* Quid *des sujétions imprévues dans les marchés privés de travaux ?*

**Une difficulté naturelle imprévisible d'une anormale gravité indécelable ne peut pas faire partie du plan arrêté et convenu**. Dans un arrêt du 4 mai 1995 (Cass. 3e civ., Canal de Provence c/ Verdier), la Cour de cassation a reconnu à l'entrepreneur la possibilité de demander le dédommagement des sujétions imprévues issues du déroulement du chantier :

> *Mais attendu que, saisie des conclusions de la SCP, qui ne contestait pas l'applicabilité des règles contenues dans le cahier des clauses administratives générales faisant la loi des parties et réservant à l'entrepreneur la possibilité de demander le dédommagement des sujétions imprévues issues du déroulement du chantier, la cour d'appel a légalement justifié sa décision en relevant que* ***des difficultés matérielles non envisagées, tenant à des venues d'eau plus considérables que prévu et à des duretés de roches supérieures à celles annoncées, avaient surgi en cours d'exécution du contrat, entraînant un déséquilibre dans l'économie*** *de celui-ci et que le maître de l'ouvrage, en payant, en dehors de toute transaction avec la société Verdier, un supplément de prix n'entrant pas dans les prévisions de l'article 17 du cahier des clauses administratives générales, avait reconnu* ***l'existence de difficultés naturelles imprévisibles*** *et* ***d'une anormale gravité****, et en retenant souverainement, répondant aux conclusions, que ces anomalies, indécelables même pour une entreprise hautement spécialisée, étaient* ***génératrices de sujétions imprévues justifiant une rémunération complémentaire****.*

La définition donnée par la Cour de cassation démontre que « la difficulté naturelle imprévisible d'une anormale gravité indécelable » ne peut pas faire partie du plan arrêté et convenu, par principe, puisqu'elle est imprévisible même pour un homme de l'art hautement qualifié et spécialisé. Dès lors, l'entrepreneur ne saurait être tenu d'exécuter dans le cadre du champ d'application du plan arrêté et convenu, une exigence impossible à réaliser dans la configuration dans laquelle elle a été définie par les pièces techniques.

#### *4. La ratification des travaux supplémentaires*

Si en cas de marché à forfait, les travaux supplémentaires ne sauraient donner lieu à aucune augmentation de prix, sauf autorisation écrite délivrée par le maître d'ouvrage, cette autorisation n'a pas toujours besoin d'être préalable. La jurisprudence admet **parfois** qu'elle puisse intervenir après l'exécution des travaux (Cass. 3e civ., 8 janvier 1970), auquel cas il s'agit plus précisément de ratification.

Dans un arrêt du 2 octobre 1984, la Haute Cour confirme :

> *N'a pas donné de base légale à sa décision la cour d'appel qui, pour rejeter la demande en paiement des travaux supplémentaires de fondations formées par l'entrepreneur et après avoir retenu que celui-ci se prévalait d'un accord verbal donné par le maître de l'ouvrage pour la réalisation de ces travaux moyennant un prix déterminé, accord corroboré par une lettre de l'architecte qui s'y réfère, retient que les dispositions de l'article 1793 du Code civil visant les augmentations faites sur le plan convenu s'appliquent aux travaux supplémentaires et qu'un simple accord verbal ne peut être retenu comme suffisant pour autoriser le dépassement du forfait,* ***sans rechercher si l'accord allégué n'avait pas été donné postérieurement à l'achèvement des travaux dont le paiement était demandé et si, en conséquence, le maître d'ouvrage n'avait pas nécessairement accepté ces travaux et renoncé à se prévaloir, après leur exécution, des dispositions de l'article 1793 du Code civil*** *(Cass. 3e civ., 2 octobre 1984, réf. 1873, Société Geneton c/ SCI issoirienne).*

La Cour de cassation a admis aussi le versement d'une rémunération supplémentaire à l'entrepreneur, même en l'absence d'acceptation écrite, si les travaux correspondants ont été acceptés de manière tacite par le maître d'ouvrage, à condition qu'il en effectue le règlement sans protester.

**Ratification des travaux supplémentaires** lorsqu'il résulte notamment des comptes rendus de chantier auxquels assistait le représentant du maître d'ouvrage, que « *celui-ci avait commandé ou accepté les travaux supplémentaires, et qu'il avait réceptionné sans réserve tous les travaux exécutés* » (Cass. 3e civ., 15 novembre 1995, SCI Stella Maris c/ Forbeton France).

De même, la Cour a accepté le principe d'une rémunération supplémentaire en insistant sur le fait que « ***le maître d'ouvrage avait demandé à plusieurs reprises à l'entrepreneur de ne***

***pas arrêter les travaux, de chiffrer le coût des modifications et de les lui transmettre, ce qui démontrait clairement la volonté de la SA d'HLM d'accepter les modifications et de prendre leur coût en charge »*** (Cass. 3e civ., 17 mai 1995, Société d'HLM Sud Habitat c/ Berim).

**La ratification par le maître d'ouvrage doit être expresse et non équivoque**. Un maître d'ouvrage avait payé les onze premières situations d'un marché à forfait visant les travaux prévus et, pour certaines, des travaux supplémentaires. L'entrepreneur l'a assigné en référé pour obtenir le paiement d'une provision correspondant au solde impayé de la dernière situation. La cour d'appel lui avait donné raison et ordonné au maître d'ouvrage de payer la provision en se fondant sur le fait que le maître d'ouvrage **avait payé sans rechigner une partie des travaux supplémentaires**, et **ne réclamait aucun remboursement** à ce titre, alors qu'il avait déjà versé plus que la somme forfaitaire initialement convenue. Mais la Cour de cassation estime que **cela ne suffit pas à établir « *l'acceptation expresse et non équivoque des travaux supplémentaires non payés* » par le maître d'ouvrage** (Cass. 3e civ., 24 février 2009, Société Vip Élysée c/ Elliott).

**La ratification des travaux effectués doit être non équivoque**. La Cour de cassation réaffirme en 2010 que le prix forfaitaire ne peut être modifié « *sans constater que les modifications demandées ont entraîné un bouleversement du marché et sans relever, à défaut d'une autorisation écrite préalable aux travaux, l'acceptation non équivoque, par le maître d'ouvrage, de ces travaux une fois effectués* » (Cass., 3e civ., 6 juillet 2010).

**Le paiement sans contestation ni réserve des travaux supplémentaires vaut acceptation sans équivoque**. Une entreprise titulaire d'un marché forfaitaire a perçu le paiement des situations comprenant des travaux supplémentaires, retenue de garantie déduite. Ensuite, le client refuse la restitution de cette retenue en compensation des travaux supplémentaires qu'il conteste. Pour la Cour de cassation, le paiement sans contestation ni réserve de la totalité du montant des situations incluant les travaux supplémentaires, diminué de la retenue de garantie, vaut acceptation sans équivoque des travaux supplémentaires non inclus dans le forfait et de leur coût. L'entreprise a droit au paiement des travaux supplémentaires. La retenue de 5 % sur les paiements n'affecte pas cette acceptation : en effet, la somme retenue peut être conservée pendant un an, et elle porte sur l'ensemble des situations (Cass. 3e civ., 29 mai 2013, SCI Le Montmourex).

#### *5. La faute ou la carence du maître d'ouvrage ou de son maître d'œuvre*

Si les travaux supplémentaires résultent d'une faute du maître d'ouvrage (ou de l'entreprise principale), l'entreprise (ou le sous-traitant) aura droit à être rémunérée. Ainsi, un entrepreneur aura droit à la rémunération des travaux supplémentaires de fondations non autorisés par écrit, dès lors que le maître d'ouvrage a transmis à l'entrepreneur en connaissance de cause une étude de terrain ne correspondant pas à la réalité (Cass. 3e civ., 5 juin 1984).

En revanche, la cour administrative d'appel de Bordeaux a estimé que l'absence de mention dans l'étude de sol d'une dalle en béton enfouie dans le terrain d'implantation de l'ouvrage ne révélait pas l'existence d'une carence du maître d'ouvrage et n'établissait pas davantage le caractère imprévisible de la difficulté rencontrée. De plus, le surcoût résultant de cette dernière ne représentait qu'1 % environ du montant du marché de sorte que l'équilibre financier de celui-ci ne s'en était pas trouvé bouleversé (CAA Bordeaux, 4 mars 2008, Société LM Développement).

### 2.3.3. En marchés publics : une prise en compte plus souple des travaux supplémentaires

***Paiement des travaux utiles et des travaux indispensables***

À l'instar de la jurisprudence judiciaire, la jurisprudence administrative soumet la rémunération de l'entrepreneur pour les travaux supplémentaires dans un marché à forfait au strict respect de conditions de forme, telles que l'établissement d'un avenant ou d'un OS signé par le maître d'ouvrage avec accord sur leur prix. Toutefois, et ce même **sans OS** du maître d'ouvrage public autorisant les travaux supplémentaires, le juge administratif pourra indemniser l'entrepreneur des **travaux indispensables** à l'exécution des ouvrages (CE, Sect., 17 octobre 1975, Commune de Canari, rec. 516 ; CE, 26 octobre 1988, Société Étanco, DA 1988, n° 551).

**Travaux indispensables exécutés au-delà de la masse initiale**. Pour le Conseil d'État, les stipulations de l'article 15.4 du CCAG Travaux 1976 relatives aux travaux exécutés au-delà de la masse initiale ne font pas obstacle à l'indemnisation de tels travaux réalisés sans ordre de service du maître de l'ouvrage, dès lors qu'ils sont indispensables à la réalisation de l'ouvrage dans les règles de l'art. La Haute Juridiction approuve une cour d'appel qui retient que les travaux supplémentaires effectués dans ces conditions par une entreprise étaient indispensables en raison du très mauvais état du mur existant. La cour administrative d'appel n'avait pas à rechercher si les travaux supplémentaires avaient eu pour effet de bouleverser l'économie du marché, et l'entreprise n'avait commis aucune faute en présentant son offre, sans se rendre préalablement sur place, au vu du détail estimatif établi par le maître d'œuvre (CE, 4 juillet 2012, Commune de Quinéville).

**Travaux supplémentaires non commandés. Seuls les travaux indispensables ouvrent droit à indemnisation**. La cour rappelle que « *la circonstance selon laquelle l'hôpital n'aurait ni mandaté la société, ni établi un ordre de service pour qu'elle intervienne afin de remédier aux désordres causés à son ouvrage par l'entreprise* [défaillante], *ne fait pas obstacle à l'indemnisation par le maître d'ouvrage des travaux supplémentaires effectués et indispensables à la réalisation de l'ouvrage dans les règles de l'art* ». La cour considère qu'en l'espèce, « *les travaux notamment de coffrage qu'elle aurait exécutés spontanément, s'ils ont pu être utiles, ne s'avèrent pas indispensables au fonctionnement de l'ouvrage dont elle avait la charge ; que, dès lors et selon les factures produites, la société est seulement fondée à demander à être indemnisée de son préjudice à hauteur de la somme de 16 462,72 euros correspondant aux travaux de son lot et effectivement indispensables* » (CAA Douai, 3 avril 2014, Hôpital local de Rue).

De plus, dans le **cas d'un ordre verbal** du maître d'ouvrage public (et lorsque les éléments de l'espèce peuvent prouver cet ordre), le caractère indispensable des travaux supplémentaires n'est plus requis : **il suffit qu'ils aient été utiles pour que l'entrepreneur en soit indemnisé**.

> *Considérant que l'entrepreneur peut demander à être indemnisé à hauteur des travaux supplémentaires qu'il a réalisés* ***sans ordre de service*** *du maître d'ouvrage dès lors que ces travaux sont* ***indispensables à la réalisation de l'ouvrage dans les règles de l'art*** *; que dès lors, si la cour a pu écarter l'indemnisation demandée au titre des travaux supplémentaires à raison des prestations imposées par les stipulations contractuelles, elle a commis une erreur de droit en jugeant que la société Barbé n'était pas en droit d'obtenir le paiement des travaux non prévus par le contrat mais exécutés pour rendre certaines parties de l'ouvrage conformes aux règles de l'art…*
>
> *Que* ***s'agissant des travaux utiles*** *exécutés* ***sans ordre de service mais sur ordre verbal*** *du maître d'œuvre, la société GTM Construction peut prétendre au remboursement des dépenses utiles exposées, déduction faite de son bénéfice ; que l'évaluation de ce bénéfice à hauteur de 10 % opérée par le tribunal*

*administratif n'étant pas contestée, il y a lieu d'en faire application (CE, 27 septembre 2006, Société GTM Construction).*
*Le juge pourra de surcroît appliquer trois théories spécifiques aux marchés publics*

*Les sujétions imprévues*

Ce sont des difficultés matérielles d'exécution pouvant résulter soit de l'état du sol, soit d'aléas climatiques, soit même d'un fait de l'homme (vestiges, canalisations, etc.). Ces **difficultés techniques** doivent être extérieures aux parties, présenter un caractère exceptionnel, être imprévisibles et rendre plus onéreuse l'exécution des travaux. Il sera strictement vérifié que les difficultés rencontrées présentent un **caractère matériel exceptionnel et imprévisible**.

C'est ce que rappelle le Conseil d'État : « […] *sauf en cas de sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, avenants et décisions de poursuivre ne peuvent bouleverser l'économie du marché ni en changer l'objet ; que ne peuvent être regardées comme sujétions imprévues au sens de ces dispositions* ***que des difficultés rencontrées lors de l'exécution d'un marché, présentant un caractère exceptionnel, imprévisibles lors de la conclusion du contrat, et dont la cause est extérieure aux parties*** » (CE, 30 juillet 2003, Commune de Lens).

La charge de la preuve incombe à l'entrepreneur qui se prévaut d'une sujétion imprévue. Il aura d'ailleurs intérêt à garder des preuves si les ouvrages exécutés sont destinés à devenir inaccessibles ou enterrés.

Dans ce cas, les conséquences des aléas sont transférées sur le maître d'ouvrage. Le juge administratif retire le caractère forfaitaire d'un marché en présence de sujétions techniques imprévues causant un bouleversement de l'économie du contrat (CE, 19 février 1975, Société Campenon Bernard).

**Sujétions techniques imprévues : application au sous-traitant**. La clause d'un marché mettant à la charge du titulaire la réalisation d'une étude de sol complémentaire n'exclut pas l'application de la théorie des sujétions imprévues. Le sous-traitant peut directement se prévaloir de cette théorie devant le juge sans passer par l'entrepreneur principal, ni se voir opposer des clauses du marché principal auquel il n'est pas partie (CE, 3 mars 2010, Société Presspali SPA).

Le titulaire d'un **marché public** fait valoir des **sujétions imprévues** rencontrées en cours d'exécution. Elles **renchérissen**t, selon l'expert désigné, le montant initial du marché **d'environ 60 %**. Le maître d'ouvrage soutient cependant que l'offre de l'entreprise était censée comporter une marge pour aléas normaux de chantier et bénéfice. Les juges retranchent de l'indemnisation des sujétions imprévues cette marge qu'ils évaluent à 5 % du marché (CE, 7 novembre 2008, Société Guintoli).

**Sujétions techniques imprévues et forfait**. Dans un marché à forfait, les difficultés exceptionnelles et imprévisibles rencontrées dans l'exécution d'un marché ne peuvent ouvrir droit à une indemnité au profit des entrepreneurs que dans la mesure où ceux-ci justifient soit que ces difficultés ont eu pour effet de bouleverser l'économie du contrat, soit qu'elles sont imputables à un fait de l'administration. En l'espèce, les difficultés liées à la qualité géologique des sols, qui ne pouvaient pas être déterminées à l'avance par la société, ont entraîné un surcoût qui a totalement bouleversé l'économie générale du contrat (45 %), et dont elle peut demander à être indemnisée (CAA Bordeaux, 3 janvier 2012, Ministère de l'Écologie).

**L'indemnisation des sujétions imprévues n'est possible que si elles ont un caractère exceptionnel, imprévisible et extérieur aux parties et,** pour les marchés à forfait, **si ces difficultés ont bouleversé l'économie du contrat**. Lors de l'exécution de travaux de démo-

lition d'une digue, une entreprise rencontre des difficultés qui entraînent des travaux supplémentaires. Elle réclame le paiement du surcoût. Les juges rappellent que l'imprévision est indemnisable lorsque les difficultés rencontrées présentent un caractère exceptionnel, qu'elles sont imprévisibles lors de la conclusion du marché et que leur cause est extérieure aux parties. Les juges doivent rechercher si ces conditions sont remplies pour faire droit à une demande d'indemnisation des sujétions imprévues (CE, 4 février 2013, Établissement public Voies navigables de France).

**Marché à forfait. Les sujétions imprévues doivent en outre bouleverser l'économie du contrat**. Dans un marché à forfait, la découverte de colonnes ballastées dans le sous-sol, à supposer même qu'elle puisse être regardée comme exceptionnelle, imprévisible et extérieure aux parties, n'a pas conduit à un bouleversement de l'économie générale du contrat et reste donc à la charge de l'entreprise : « L'indemnisation des sujétions imprévues n'est possible que si les difficultés rencontrées dans l'exécution du contrat présentent un caractère à la fois exceptionnel, imprévisible et extérieur aux parties et, pour les marchés à forfait, si, en outre, ces difficultés ont eu pour effet de bouleverser l'économie générale du contrat » (CAA Paris, 4 novembre 2013, APCM).

**Sous-traitant et sujétions imprévues bouleversant l'économie du marché**. Le sous-traitant qui bénéficie du droit au paiement direct a également droit au paiement des dépenses résultant pour lui de sujétions imprévues qui ont bouleversé l'économie générale du marché, dans les mêmes conditions que pour les travaux dont la sous-traitance a été expressément mentionnée dans le marché ou dans l'acte spécial signé par l'entrepreneur principal et par le maître d'ouvrage (CE, 24 juin 2002, Département de la Seine-Maritime).

**Paiement des travaux indispensables et des sujétions imprévues au sous-traitant**. En l'espèce, les travaux supplémentaires exécutés par le sous-traitant étaient indispensables. La commune est condamnée à verser au sous-traitant la somme correspondant aux coûts de ces travaux : « *Le sous-traitant bénéficiant du paiement direct des prestations sous-traitées a également droit au paiement direct pour les travaux supplémentaires qu'il a exécutés et qui ont été indispensables à la réalisation de l'ouvrage ainsi que pour les dépenses résultant pour lui de sujétions imprévues qui ont bouleversé l'économie générale du marché, dans les mêmes conditions que pour les travaux dont la sous-traitance a été expressément mentionnée dans le marché ou dans l'acte spécial signé par l'entrepreneur principal et par le maître de l'ouvrage* » (CAA Douai, 3 avril 2014, Les Compagnons paveurs c/ commune de Montataire).

**Sujétions imprévues : pas d'indemnisation pour des surcoûts prévisibles**. En l'espèce, un groupement d'entreprises s'est vu confier, par une communauté de communes, les travaux de réalisation d'un émissaire de rejet en mer dans le cadre d'un marché de construction d'une station d'épuration. Le groupement, ayant fait face à une nature de sols « imprévue », réclame les surcoûts engendrés. La communauté de communes ayant refusé de lui verser l'intégralité des sommes mentionnées sur le projet de décompte final, le titulaire saisit le juge. Le titulaire ayant obtenu le versement d'une indemnité représentant la moitié de celle demandée, il interjette appel. La cour administrative d'appel de Nantes rappelle que « *l'indemnisation des sujétions imprévues n'est possible que si les difficultés rencontrées dans l'exécution du contrat présentent un caractère à la fois exceptionnel, imprévisible et extérieur aux parties et, pour les marchés à forfait, si ces difficultés ont eu en outre pour effet de bouleverser l'économie générale du contrat* ». Elle constate qu'en l'espèce, « *la rencontre d'une géologie différente de celle envisagée est exclusivement imputable au groupement requérant qui, averti de l'incertitude relative à la nature du sous-sol par les résultats de l'étude portée à la connaissance des candidats à l'appel d'offres* ». La

cour note que le groupement avait proposé, lors de la négociation, un tunnel d'une longueur de 623 mètres au lieu des 170 mètres prévus par le cahier des charges, ce qui renforçait l'incertitude, d'autant que le groupement « *n'a ni demandé au maître d'ouvrage la réalisation d'une étude complémentaire du sous-sol ni envisagé de s'assurer par lui-même de la nature des sols alors qu'une telle obligation lui incombait, en sa qualité de constructeur* ». Dès lors, « *les surcoûts résultant de la rencontre d'argile à partir du point métrique 167, laquelle n'était ni imprévisible ni extérieure aux parties, ne sont pas indemnisables au titre des sujétions imprévues* ». Le jugement de première instance, dans sa partie qui indemnise le titulaire sur le fondement de ces prétendues sujétions, est annulé (CAA Nantes, 19 septembre 2014, Communauté de communes des Olonnes).

*L'imprévision*

(Voir également dans cet ouvrage le chapitre sur les contrats du secteur public, et notamment son point 1 : « Le contrat administratif ».)

La théorie de l'imprévision impose à l'Administration d'aider financièrement son cocontractant lorsque l'équilibre du marché vient à être bouleversé par suite d'événements imprévisibles lors de sa passation. Il s'agit **d'événements économiques** (hausse des prix), de troubles sociaux, de phénomènes naturels, par exemple. Le juge vérifiera, là aussi, que l'entrepreneur est étranger à la situation qu'il invoque.

**L'imprévision n'est pas caractérisée lorsque la charge imputable à la hausse du prix de l'acier correspond à 3 % du montant global du marché** passé par des entreprises groupées solidaires. Le même arrêt précise que « *la charge supplémentaire alléguée de 191 587 euros HT imputable à la hausse du prix de l'acier correspond à 3 % du montant global du marché qui doit être pris comme base de référence dès lors que les membres d'un groupement solidaire d'entreprises sont engagés pour la totalité du marché qui était un marché unique ; que cette augmentation de 3 % n'a pas modifié l'économie du contrat dans une proportion suffisante pour ouvrir droit, au profit de l'intéressée, à l'allocation d'une indemnité pour charges extra-contractuelles ; qu'ainsi, la société requérante n'est pas fondée à obtenir une indemnisation de l'État à ce titre* » (CAA Bordeaux, 3 mai 2011, Société Gagne).

**Imprévision. Le sous-traitant aussi doit prouver le bouleversement de l'économie du contrat**. En l'espèce, le titulaire d'un marché a sous-traité une partie de l'exécution de son lot, et son sous-traitant a demandé la condamnation de l'Office public d'HLM de Calais à lui verser une certaine somme au titre du préjudice subi du fait de la hausse du coût du zinc. La cour de Douai a considéré que « *l'entreprise requérante n'établit pas que la charge supplémentaire résultant de l'augmentation du prix du zinc qu'elle aurait été amenée à supporter a provoqué un bouleversement de l'économie du marché de nature à lui ouvrir droit à l'allocation d'une indemnité pour charges extra-contractuelles* ». Elle a donc confirmé le jugement du tribunal administratif de Lille qui a rejeté sa demande (CAA Douai, 19 avril 2012, Office public d'HLM de Calais).

*Le fait du prince*

Théorie liée au pouvoir de modification unilatéral du contrat par l'autorité contractante elle-même, ou de ses pouvoirs de contrôle et de direction. Si cette hypothèse est vérifiée et admise par le juge, l'indemnisation sera totale.

# 3. La modification dans la masse des travaux et ses conséquences en termes de prolongation du délai et d'indemnisation des entrepreneurs

Il arrive fréquemment qu'en cours de chantier, le maître d'ouvrage modifie son projet initial ou substitue à l'ouvrage prévu un ouvrage tout à fait différent.

Ces modifications peuvent résulter d'une indécision du maître d'ouvrage dans la destination des locaux, d'une mauvaise appréhension du projet par le maître d'œuvre, ou de sujétions techniques.

L'entrepreneur se trouve ainsi confronté soit :

- à une augmentation de la masse des travaux ;
- à une diminution de la masse des travaux ;
- à des changements dans l'importance des diverses natures d'ouvrage.

Il pourra prétendre :

- à une prolongation du délai d'exécution ;
- dans certains cas, à une indemnisation ;
- beaucoup plus rarement à la résiliation du marché.

## 3.1. Dans les marchés publics

### 3.1.1. La prolongation du délai d'exécution

Que ce soit en cas de travaux nouveaux ordonnés ou en cas d'augmentation de la masse initiale des travaux (masse des travaux résultant des prévisions du marché initial), l'entrepreneur peut prétendre à une prolongation du délai d'exécution (art. 19.2.2 du CCAG Travaux 2009).

Cette prolongation doit être débattue entre le maître d'œuvre et l'entrepreneur, puis soumise à la personne responsable du marché qui devra notifier sa décision par OS.

### 3.1.2. Le droit à indemnisation

#### *1. L'hypothèse de la diminution de la masse des travaux (art. 16 du CCAG 2009)*

L'entrepreneur a droit à être indemnisé du préjudice éventuellement subi (manque à gagner, matériaux approvisionnés pour le chantier et non utilisés, etc.) si la diminution ordonnée du volume des travaux est supérieure à 5 % de la masse initiale (1/20) dans le cadre d'un marché à forfait ou à 20 % (1/5) de la masse initiale pour un marché à prix unitaire.

Ce pourcentage limite, cette franchise, correspond à l'aléa normal qui doit être supporté par le titulaire d'un marché.

En conséquence :

- Le prix global et forfaitaire d'un marché public de travaux est dû dès lors que l'objet du marché est réalisé, et ce quelles que soient les quantités mises en œuvre par l'entreprise.

- Lorsque des travaux ne sont pas réalisés du fait du pouvoir adjudicateur, trois solutions pourront être distinguées :
  - si la réduction de la consistance des travaux ne modifie pas l'objet du marché, le forfait sera dû sans que l'article 16 du CCAG Travaux fasse obstacle à son application ;
  - si la réduction est suffisamment significative pour modifier l'objet du marché, l'entreprise ne pourra obtenir l'application du forfait, mais sera indemnisée des préjudices subis du fait de la diminution du montant des travaux dans les conditions de l'article 16 du CCAG Travaux ;
  - si la modification dans la consistance des travaux est qualifiée de réduction de l'objet du marché, l'entreprise sera indemnisée de son préjudice sans application de l'article 16 du CCAG Travaux.

**Diminution des travaux. L'entrepreneur doit être indemnisé des pertes subies et des gains dont il a été privé**. Si le cahier des clauses administratives générales applicable à un marché prévoit qu'en cas de diminution dans la masse des travaux, l'entrepreneur n'a droit à l'indemnisation du préjudice subi que si la diminution est supérieure à 20 % du montant du marché, cette stipulation, qui permet à l'administration de modifier la consistance des ouvrages et d'en changer les dispositions, ne l'autorise pas à restreindre l'objet même du marché. Elle ne pouvait donc être opposée à une demande d'indemnité présentée par l'entrepreneur à la suite de la résiliation du marché par le maître de l'ouvrage, laquelle lui ouvrait droit à **une indemnité représentant non seulement les pertes qu'il a subies, mais les gains dont il a été privé de ce fait** (CE, 20 janvier 1978, Centre hospitalier de Lisieux).

**Si les seuils limites ne sont pas atteints, le titulaire n'aura pas droit à une indemnisation de son préjudice**, alors même que la masse des travaux aurait diminué *: « Considérant qu'il résulte des stipulations de l'article 16-1 du CCAG, d'une part, que la diminution des travaux au-delà de laquelle est ouvert un droit à réparation au profit de l'entrepreneur doit être calculée sur la base de l'ensemble des travaux prévus initialement au marché et, d'autre part, que le* ***préjudice résultant de cette diminution n'est pris en considération que pour la fraction de réduction des travaux excédant la diminution limite susmentionnée*** […] » (CAA Nancy, 17 mars 2005, Hôpitaux universitaires de Strasbourg).

**L'indemnisation n'est pas automatique**. L'entrepreneur doit justifier avoir subi un préjudice : *« Considérant que la société Tibe, qui a droit à être indemnisée du préjudice qu'elle a subi du fait d'une diminution de* […] *du montant des travaux, expose de manière suffisamment précise les éléments constitutifs de son préjudice qu'elle fixe à* […] *comportant notamment la perte de bénéfice et les frais généraux encourus en raison de la suppression des travaux sur les deux chantiers précités, ainsi que certains frais propres à la suppression des seuls travaux concernant le bâtiment "Les Glaïeuls" »* (CE, 12 mai 1982, Société des autoroutes Paris-Rhin-Rhône ; CAA Nancy, 20 octobre 1994, Office public d'aménagement de Meurthe-et-Moselle c/ société Tibe).

**Diminution de la masse des travaux : l'entreprise doit justifier sa demande d'indemnisation**. La cour administrative de Nantes rappelle que « *si la diminution de la masse des travaux causée par la décision du maître d'ouvrage de supprimer les lignes de vie dont la pose était prévue par le marché* […] *représente plus d'un vingtième* [5 %] *du montant de ce marché et peut ainsi ouvrir droit à indemnisation, la société se borne à demander le versement de la rémunération contractuellement prévue sans établir que cette dernière correspond à la perte subie et au manque*

*à gagner résultant de cette décision* ». Sa demande est rejetée (CAA Nantes, 7 février 2014, Commune de Cabourg).

Sous réserve des justifications apportées par le titulaire du marché, **les indemnisations fixées par le juge administratif sont comprises, la plupart du temps, entre 10 et 15 %** du plafond d'indemnisation : *« […] que le préjudice consécutif à la diminution de la masse des travaux est égal au bénéfice dont a été privée la société, soit 12 % de la valeur des travaux soustraits du marché et doit ainsi être évalué à la somme de* […] » (CAA Nancy, 17 mars 2005, Hôpitaux universitaires de Strasbourg, précité).

**En cas d'absence de contestation** par le maître d'ouvrage du droit à indemnisation du titulaire, les parties peuvent régler le paiement de l'indemnité à l'amiable. Il leur appartient, dans un premier temps, de constater la variation dans la masse des travaux, par OS, afin que celle-ci et les montants correspondants aux prestations effectivement réalisées ne puisse être contestée ; puis l'entrepreneur demandera une indemnisation dans son projet de décompte final en justifiant sa demande par la démonstration du préjudice subi et en prenant en compte la franchise (5 ou 20 % selon les cas).

**Le CCAG Travaux 2009 ajoute que pour les marchés à bons de commande comportant un minimum**, lorsque ce minimum n'est pas atteint, le titulaire a droit à une indemnité égale à la marge bénéficiaire qu'il aurait réalisée sur les prestations qui restaient à exécuter pour atteindre ce minimum et à la part des frais et investissements engagés pour le marché et strictement nécessaires à son exécution.

#### *2. L'hypothèse de l'augmentation de la masse des travaux (art. 15 du CCAG 2009)*

Si l'augmentation de la masse des travaux est supérieure à 5 % dans le cadre d'un marché forfaitaire ou à 25 % pour un marché à prix unitaires, l'entrepreneur a le droit d'être indemnisé du préjudice éventuellement subi, au-delà de ce pourcentage limite.

Comme pour la diminution des prestations, cette franchise correspond à l'aléa normal qui doit être supporté par le titulaire d'un marché. Si ces seuils ne sont pas atteints, le titulaire n'aura pas droit à une indemnisation de son préjudice, alors même que la masse des travaux aura augmenté.

**Au titre de ce préjudice**, il pourra être tenu compte, par exemple, de tous les surcoûts et dépenses que l'entreprise n'avait pu prévoir dans ses calculs (frais supplémentaires du compte prorata, de personnel, de déplacements, de frais d'études, de garde du chantier, hausse des prix des matériaux et des salaires, frais d'études, etc.).

**Travaux supplémentaires ayant fait l'objet d'un avenant : prise en compte au titre de la masse des travaux et non de l'augmentation de cette masse**. L'article 15 du CCAG Travaux prévoit qu'en matière de marchés à forfait, l'entrepreneur a droit à l'indemnisation du préjudice qu'il a éventuellement subi du fait d'une augmentation excédant 1/20 (5 %) de la masse initiale des travaux au-delà de cette augmentation limite. Il définit, par ailleurs, la masse initiale des travaux comme celle résultant des prévisions du marché, c'est-à-dire du marché initial éventuellement modifié et complété par les avenants intervenus. Il en résulte que pour soutenir que la masse des travaux a été augmentée de plus de 1/20, l'entreprise ne peut invoquer l'augmentation du montant des travaux découlant d'avenants (en l'espèce, un tiers de la valeur du marché initial) puisque, en vertu des dispositions précitées du CCAG, cette augmentation fait partie de la masse initiale des travaux (CAA Paris, 4 mars 2008, Entreprise Matéos).

**En cas d'augmentation de délais entraînant un dépassement de la masse des travaux de plus de 5 %, une entreprise a droit d'être indemnisée du fait de l'immobilisation de ses matériels au-delà du délai d'exécution contractuel**. En vertu de l'article 15.3 du CCAG Travaux, si l'augmentation de la masse des travaux est supérieure à 5 % dans un marché forfaitaire (ou à 25 % dans un marché à prix unitaires), l'entrepreneur a droit à être indemnisé du préjudice qu'il a éventuellement subi du fait de cette augmentation au-delà de cette augmentation limite. En l'espèce, la communauté de communes du Pays d'Anglure a confié à l'entreprise Allround un lot « Échafaudages » dans un marché de grosses réparations d'une église, d'une durée d'exécution de quatre mois, pour 85 898 €. La durée des travaux ayant été prolongée de quatre mois, l'entreprise a saisi le tribunal administratif d'une demande de condamnation de la collectivité à lui verser l'indemnisation du préjudice résultant de l'immobilisation de ses matériels au-delà du délai d'exécution contractuel. La cour administrative d'appel de Nancy, après avoir constaté que la durée des travaux avait été prolongée au-delà du terme fixé par le marché, à la suite de retards non imputables à l'entreprise, et que l'augmentation de la masse des travaux s'était ainsi trouvée augmentée de plus de 5 %, a jugé que la circonstance qu'aucune décision de poursuivre ou qu'aucun avenant ne soit intervenu était sans incidence sur le droit de l'entreprise à obtenir une indemnité sur le fondement de l'article 15-3 du CCAG Travaux, et que l'entreprise avait droit au paiement de l'immobilisation de son matériel pour un montant de 51 787 € (CAA Nancy, 31 mai 2010, Communauté de communes du Pays d'Anglure, n° 08NC00137).

**Attention** : dans les marchés publics, le CCAG Travaux (pour les travaux qui y font expressément référence) fait obligation à l'entrepreneur **d'aviser, un mois au moins à l'avance, le maître d'œuvre de la date probable à laquelle le montant des travaux atteindra leur montant contractuel** (art. 15.4). Si le titulaire n'avise pas le maître d'œuvre dans ce délai, **il est tenu d'arrêter les travaux** à la date où le montant exécuté atteint le montant contractuel. Les travaux qui sont exécutés au-delà du montant contractuel ne sont pas payés. Dix jours au moins avant la date probable d'atteinte du montant contractuel, le maître d'œuvre notifie au titulaire, s'il y a lieu, par **OS**, la **décision d'arrêter les travaux** prise par le représentant du pouvoir adjudicateur. Lorsque les travaux exécutés atteignent leur montant contractuel, **si l'OS du maître d'œuvre n'a pas été notifié dans le délai de dix jours**, le titulaire poursuit les travaux, dans la limite de **5 %** pour un marché à prix forfaitaire ou de **25 %** pour un marché à prix unitaires. Lorsque les travaux exécutés atteignent ces plafonds, le titulaire en arrête l'exécution. Les travaux qui sont exécutés au-delà des plafonds ne sont pas payés. Les mesures conservatoires à prendre à l'arrêt du chantier, décidées par le maître d'œuvre, sont à la charge du maître d'ouvrage (art. 15.4).

### 3.1.3. Le refus d'exécuter les travaux supplémentaires

Une seule hypothèse (art. 15-2.2 du CCAG Travaux 2009) : l'entrepreneur ne pourra refuser d'exécuter les travaux que dans la seule hypothèse d'une modification de l'ouvrage entraînant une augmentation des travaux supérieure à 10 % du montant contractuel des travaux.

Un tel refus d'exécuter ne sera toutefois recevable que s'il est notifié par écrit, avec les justifications nécessaires, à la personne responsable du marché dans le délai de quinze jours suivant la notification de l'OS prescrivant les travaux.

Copie de la lettre de refus devra être adressée au maître d'œuvre.

## 3.2. Dans les marchés privés

### 3.2.1. La prolongation du délai d'exécution

En cas d'augmentation de la masse des travaux, ou de modification des travaux ou d'exécution de travaux imprévus, les délais d'exécution pourront être prolongés sur justification fournie par l'entrepreneur, sauf en cas de faute de sa part (art. 10.3.1.3 de la norme, édition décembre 2000).

La prolongation du délai d'exécution devra clairement apparaître sur l'OS précisant les modifications de travaux envisagées.

L'entrepreneur devra justifier la prolongation du délai.

### 3.2.2. Le droit de résiliation du marché

Si l'augmentation de la masse des travaux est supérieure au quart du marché, l'entrepreneur pourra demander la résiliation de son marché (art. 11.1.1.3 de la norme, édition décembre 2000).

*Attention !*

L'entrepreneur devra avoir fait des réserves dans les quinze jours à compter de l'OS (art. 11.1.4.2 de la norme, édition décembre 2000).

### 3.2.3. Le droit à indemnisation

**En cas d'augmentation dans la masse des travaux**, l'entreprise est tenue d'exécuter les travaux supplémentaires tant que l'augmentation n'excède pas le quart (25 %) du montant initial des travaux. Le montant de l'augmentation, évalué dans les mêmes conditions que les prix fixés au marché, est **ajouté** au prix prévu au contrat. S'il y a lieu, **les délais d'exécution** sont modifiés en conséquence (art. 11.1.1.1 et 11.1.1.2 de la norme, édition décembre 2000).

**En cas de changement dans la nature des ouvrages** ordonnés par le maître d'ouvrage, l'entrepreneur peut demander **une indemnité** de dédommagement des frais supplémentaires qui en résultent pour lui, à condition toutefois de les justifier (art. 11.1.3.1 de la norme, édition décembre 2000).

En outre, quand les changements ont pour résultat de faire modifier les quantités de plus d'un quart en plus ou en moins, l'entrepreneur est en droit de demander à ce que des **nouveaux prix** soient fixés pour les ouvrages considérés.

Ici également, l'entrepreneur devra avoir fait des réserves dans les quinze jours à compter de l'OS prescrivant les travaux s'il veut bénéficier de ces dispositions (art. 11.1.4.2 de la norme, édition décembre 2000).

**En cas de diminution de la masse des travaux** qui n'excède pas 15 % du montant initial prévu, l'entrepreneur ne peut rien réclamer.

En revanche, si la diminution est supérieure à 15 %, il pourra demander **une indemnité** de dédommagement de ses dépenses et d'une partie du bénéfice qu'il aurait pu réaliser dans l'exécution des travaux prévus et abandonnés (art. 11.1.2.2 de la norme, édition décembre 2000).

*Attention !*

Ici encore, l'entrepreneur devra avoir fait ses réserves dans les quinze jours à compter de l'OS officialisant les modifications (art. 11.1.4.2 de la norme).

*À noter*

**L**e maître d'ouvrage doit faire connaître par écrit les modifications qu'il envisage d'autoriser ou d'apporter aux travaux, et ces modifications devront faire l'objet d'OS contresignés par lui et précisant :

- le montant des travaux en résultant ou les modalités de calcul du prix ;
- l'incidence sur les délais d'exécution.

# 4. L'interruption des travaux

La situation est différente selon le type de marché qui lie l'entrepreneur au maître d'ouvrage.

## 4.1. En marchés publics : pour défaut de paiement

L'entrepreneur doit assurer de façon continue l'exécution de ses prestations et ne peut prendre unilatéralement l'initiative d'abandonner le chantier.

Il lui est interdit de se prévaloir de la règle de droit civil dite de « l'exception d'inexécution » qui lui aurait permis, comme c'est le cas en droit privé, d'interrompre ses travaux en cours de chantier lorsqu'il n'est pas payé par le maître d'ouvrage des acomptes qui lui sont dus.

Cette possibilité est formellement écartée par le principe de continuité du service public qui est à la base de la théorie des contrats administratifs.

Toutefois, le droit d'interrompre les travaux est exceptionnellement reconnu à l'entrepreneur.

L'article 49.2.1 du CCAG Travaux 2009 prévoit que :

> ***Au cas où deux acomptes successifs n'auraient pas été payés**, le titulaire peut, trente jours après la date de remise du projet de décompte pour le paiement du deuxième de ces acomptes, **prévenir**, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, le représentant du **pouvoir adjudicateur de son intention d'interrompre les travaux** au terme d'un délai d'un mois. Si, dans ce délai, il n'a pas été notifié au titulaire, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, une décision ordonnant la poursuite des travaux, le titulaire peut les interrompre.*

L'article 49.2.1 poursuit :

> *Au cas où la poursuite a été ordonnée et sans préjudice du droit éventuel du titulaire à indemnité compensatoire, les intérêts qui lui sont dus par suite du retard dans le paiement des acomptes mensuels sont majorés de 50 % à compter de la date de réception de la lettre recommandée mentionnée au second alinéa du 49.2.1.*

Enfin, l'article 49.2.3 précise :

> *Au cas où le titulaire a régulièrement interrompu les travaux en application de l'article 49.2.1, les délais d'exécution des prestations sont de plein droit prolongés du nombre de jours compris entre la date de l'interruption des travaux et celle du paiement des acomptes en retard. Si le paiement du premier au*

*moins des acomptes en retard n'est pas intervenu dans le délai de six mois après l'interruption effective des travaux, le titulaire a le droit de ne pas les reprendre et de demander par écrit la résiliation du marché.*

## 4.2. En marchés privés

### 4.2.1. L'interruption des travaux pour non-paiement ou pour non-remise d'une garantie de paiement ou pour non-respect des délais de paiement

C'est l'application du principe de l'exception d'inexécution, principe repris en cas de non-remise d'une garantie de paiement par le Code civil et, en cas de non-respect des délais de paiement, par le Code de la construction et de l'habitation.

**Le principe**. Du moment que le maître d'ouvrage n'a pas satisfait à une de ses obligations, l'entrepreneur peut légitimement se refuser à exécuter les siennes, et cela, tant que son client ne respecte pas ses obligations contractuelles. C'est le cas notamment du défaut de paiement des travaux. L'entrepreneur n'est tenu d'en reprendre l'exécution que lorsque les paiements auront apuré entièrement le passif antérieur.

Dans la norme NF P 03-001, la suspension des travaux est autorisée par l'article 10.3.2.1, qui dispose : « *En aucun cas, un entrepreneur ne peut suspendre les travaux pour défaut de paiement sans avoir prévenu par lettre recommandée le maître d'ouvrage et le maître d'œuvre au moins quinze jours à l'avance.* »

**L'article 1799-1 du Code civil**. Si l'entrepreneur a passé un marché supérieur à 12 000 € HT (déduction faite des arrhes et des acomptes à la commande) avec un maître d'ouvrage privé, il doit bénéficier d'une garantie de paiement en vertu de l'article 1799-1 du Code civil. Il peut, en cas de non-fourniture de la garantie de paiement, faire jouer le principe d'exception d'inexécution sans attendre d'être impayé des travaux, mais du simple fait de la non-fourniture d'une garantie de paiement (cf. chapitre 9.4., « Les garanties »).

**L'article L. 111-3-1 du Code de la construction**. Dans un marché privé signé entre professionnels (cela ne s'applique pas avec un consommateur), en cas de dépassement du délai de paiement (45 jours fin de mois ou 60 jours date d'émission de la facture), le titulaire du marché peut suspendre l'exécution des travaux ou des prestations après mise en demeure de son débiteur (le maître d'ouvrage) restée infructueuse à l'issue d'un délai de quinze jours. Cet article s'applique également dans un contrat de sous-traitance, lorsque le sous-traitant n'est pas réglé dans les délais.

**Les conditions de mise en œuvre de l'interruption des travaux**. Le droit de suspendre les travaux, s'il est reconnu à l'entrepreneur, est cependant subordonné à des conditions de mise en œuvre constituées par la mise en demeure écrite et l'écoulement d'un délai. Si ces conditions sont apportées, la suspension des travaux est permise. Si le maître d'ouvrage paie l'entreprise dans le délai imparti, l'entreprise se conformera aux dispositions contractuelles du marché et exécutera les travaux normalement, en restant particulièrement vigilante quant à la régularité des paiements des situations par le maître d'ouvrage, sa défaillance pouvant se reproduire. Si le maître d'ouvrage ne paie pas dans le délai susvisé des quinze jours, l'entrepreneur peut suspendre les travaux et ne les reprendre qu'avec la reprise des paiements par le maître d'ouvrage.

### 4.2.2. Les conséquences de cette interruption sur les risques et la garde du chantier

L'entrepreneur est tenu d'une obligation de conservation de la chose qu'on lui a confiée, en l'occurrence le chantier : c'est la théorie de la garde du chantier. L'entrepreneur présent sur le chantier en a la garde et doit, à ce titre, éviter tout dommage qui pourrait l'affecter.

L'article 1788 du Code civil fixe expressément le moment auquel l'entrepreneur est déchargé des risques de la chose qu'il a construite : lorsque l'ouvrage a fait l'objet d'une réception ou lorsque le maître d'ouvrage a été mis en demeure de recevoir l'ouvrage.

#### *Conséquences juridiques de la suspension*

L'interruption des travaux du fait du maître d'ouvrage entraîne, sur le plan juridique, des conséquences que la norme Afnor NF P 03-001 (pour les marchés qui y font expressément référence) précise en ces termes : « *Le maître d'ouvrage est responsable des conséquences de toute interruption résultant de la non-observation de ses obligations et, en particulier, des répercussions qu'elle pourrait avoir sur l'exécution des autres corps d'état* » (art. 10.3.2.1 de l'édition de décembre 2000).

Le client n'a pas payé la somme due à l'entrepreneur (ou n'a pas réglé dans les délais, ou n'a pas remis de garantie de paiement). C'est lui qui doit supporter les conséquences du blocage dont il est la cause (notamment le retard de livraison et le préjudice subi par l'entrepreneur : plan de charge perturbé, surcoût de la location de matériel, etc.).

Le contrat n'est pas résilié en cas de suspension des travaux, seule l'obligation de l'entrepreneur de poursuivre l'exécution des travaux est suspendue. De son côté, le maître d'ouvrage (ou l'entrepreneur principal en cas de sous-traitance) reste tenu par l'obligation de payer les travaux réalisés et de verser les pénalités prévues au contrat.

Aucune pénalité d'exécution ne peut être appliquée à l'entrepreneur dans cette situation. Au contraire, avant toute reprise des travaux, le client devra régler à l'entrepreneur le montant dû au principal, mais aussi les pénalités de retard de paiement.

**L'entrepreneur doit se décharger de la garde de ses ouvrages pendant la période de suspension, afin que les risques de vol ou de dégradation** pèsent sur le **client**, qui est responsable de la suspension des travaux. Il convient que l'entreprise prévienne son client du transfert de risques dans la lettre annonçant la suspension des travaux. Lors de la reprise des travaux, il conviendra de faire un état des lieux pour constater l'état des ouvrages et, le cas échéant, réclamer au client des frais de réparation.

#### *Conséquences de la suspension sur les délais*

Dans ce cas, l'entrepreneur est en droit de demander la prolongation du délai d'exécution, le maître d'ouvrage ne pouvant lui imputer des pénalités de retard ou les conséquences financières de cette interruption pour les autres corps d'état.

Par ailleurs, l'article 9.6.2 de la norme (édition décembre 2000) stipule :

> *À défaut de clauses plus sévères prévues par les documents particuliers du marché, si la somme des délais de préparation et d'exécution définis à l'article 10 (de la norme), corrigée s'il y a lieu par l'application des dispositions de l'article 10.3.1, se trouve augmentée de plus du dixième par le fait exclusif du maître d'ouvrage (par ajournement, suspension des travaux, atermoiement, etc.), l'entrepreneur a droit à indemnité, pourvu qu'il ait formulé ses réserves par écrit dès la survenance de l'événement.*

Il est constant que l'entrepreneur s'engage en considération d'un délai d'exécution déterminé ; toute augmentation de délai est alors de nature à lui causer un préjudice à réparer (immobilisation prolongée des moyens techniques et humains, impossibilité d'accepter d'autres travaux…).

**Si le maître d'ouvrage ne paie pas l'entreprise dans le délai de quinze jours et manifeste son intention de persévérer dans cette attitude**

Aux termes de l'article 22.1.3, « Résiliation aux torts du maître d'ouvrage », « *l'ajournement ou l'interruption, fractionné ou continu, de plus de six mois, du fait du maître d'ouvrage peut entraîner résiliation du marché par l'entrepreneur aux torts du maître d'ouvrage* ».

Il s'agit là d'une résiliation ouvrant droit à indemnité au profit de l'entrepreneur.

L'article 22.3, « Résiliation judiciaire », dispose qu'« *en cas de manquement de l'une des parties à ses obligations contractuelles dans des cas autres que ceux visés aux articles 22.1 et 22.2, la résiliation doit être demandée par l'autre partie conformément aux dispositions de l'article 1184 du Code civil* ».

Il en découle que la norme écarte l'obligation de demander la résiliation en justice, notamment dans le cas d'interruption fractionnée ou continue de plus de six mois par le maître d'ouvrage : en effet, dans ce cas, la résiliation est de plein droit (art. 22.1.3 susvisé).

# 5. Avenants et décisions de poursuivre (en marchés publics)

## 5.1. Les conditions de passation d'un avenant

L'article 20 du Code des marchés publics issu du décret du 1er août 2006 (modifié par le décret du 19 décembre 2008) précise : « *En cas de sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, un avenant ou une décision de poursuivre peut intervenir quel que soit le montant de la modification en résultant. Dans tous les autres cas, un avenant ou une décision de poursuivre ne peut bouleverser l'*économie du marché, ni en changer l'*objet.* »

Cet article constitue un rappel à la vigilance sur les conditions d'exécution du marché et le respect de la mise en concurrence initiale. D'une manière générale, l'avenant ne peut être considéré comme une modalité normale de gestion d'un contrat.

### 5.1.1. Définition de l'avenant

Un avenant est un contrat écrit constatant un accord de volonté des parties contractantes et ayant pour objet de modifier une ou plusieurs des dispositions de l'accord antérieur. Il n'est conclu valablement que s'il est signé par la personne publique et par le titulaire du marché. Il ne doit en aucun cas changer l'objet du marché, ni bouleverser l'économie du marché. Il intervient notamment en cas de difficultés ou de sujétions techniques imprévues.

### 5.1.2. Objet de l'avenant

La modification résultant d'un avenant peut porter sur tous les engagements des parties au contrat : prestations à exécuter, calendrier d'exécution ou règlement financier du marché.

**Toutefois, la modification d'un marché public en cours de validité doit être considérée comme substantielle et ne peut donc être effectuée par avenant :**

- lorsqu'elle introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou auraient permis de retenir une offre autre que celle initialement retenue ;
- lorsqu'elle étend le marché, dans une mesure importante, à des services non initialement prévus ;
- lorsqu'elle change l'équilibre économique du contrat en faveur du titulaire du marché, d'une manière qui n'était pas prévue dans les termes du marché initial.

**La seule exception à cette règle concerne les sujétions techniques imprévues rencontrées au cours de l'exécution du contrat**, c'est-à-dire des obstacles non imputables aux parties et constitutifs de difficultés imprévues et exceptionnelles. Un avenant peut alors être conclu pour y faire face, sans limite de montant. Cette exception est applicable à toutes les catégories de marchés : travaux, fournitures et services.

**L'avenant a vocation à régir les changements qui peuvent affecter la personne publique contractante** (cession volontaire du marché, fusion de communes ou d'établissements publics, etc.).

**Les modifications affectant la personne du titulaire doivent donner lieu,** dans certains cas**, à la passation d'un avenant**. À titre d'exemple, on peut citer : le décès du cocontractant, l'apport du marché par son titulaire à une société ou à un GIE, la disparition de l'entreprise titulaire par fusion ou scission-absorption aboutissant à la création d'une société nouvelle, la cession d'actifs ou transmission de patrimoine à un tiers. Dans ces hypothèses, **la cession du marché ne doit avoir lieu qu'avec l'assentiment préalable de la collectivité publique** (cf. l'avis de la section des finances du Conseil d'État du 8 novembre 2000 sur les cessions de contrats de marchés publics ou de délégations de service public, n° 364803). Aussi, après appréciation des garanties professionnelles et financières que peut apporter le cessionnaire reprenant le contrat pour en assurer la bonne fin, **la personne publique cocontractante ne peut refuser la cession que pour un motif tiré des garanties en capacité insuffisantes du repreneur**. Si la cession lui paraît de nature soit à remettre en cause les éléments essentiels relatifs au choix du titulaire initial du contrat, soit à modifier substantiellement l'économie du contrat, la collectivité publique est tenue de refuser son autorisation.

**En revanche, un avenant n'est pas nécessaire dans les cas suivants** : reprise du contrat par l'administrateur judiciaire lorsque l'entreprise fait l'objet d'une procédure collective, changement n'affectant pas la forme juridique de l'entreprise mais sa raison sociale ou sa domiciliation, changement de la structure de l'entreprise n'entraînant pas la création d'une nouvelle personne morale (par exemple, transformation d'une SARL en SA).

Tout projet d'avenant à un marché d'une collectivité territoriale, d'un établissement public local autre qu'un établissement public de santé et un établissement public social et médico-social **entraînant une augmentation du montant global du marché supérieure** à **5 % doit être soumis pour avis à la commission d'appel d'offres** lorsque le marché initial avait été lui-même soumis à la commission d'appel d'offres. L'assemblée délibérante qui statue le cas échéant est préalablement informée de cet avis.

Tel n'est donc pas le cas lorsque :

- ces avenants concernent des marchés qui, conformément aux dispositions du Code des marchés publics, n'ont pas été soumis eux-mêmes à cet avis. En conséquence, les avenants aux marchés publics qui, conformément aux dispositions des articles 26 et 28 du Code des marchés publics, ont été passés selon une procédure adaptée et pour lesquels la commission d'appel d'offres n'a pas été consultée ne sont pas soumis, quel que soit leur montant, à l'avis de la commission d'appel d'offres (réponse ministérielle à M^me^ Valérie Rosso-Debord du 4 mai 2010) ;
- ces avenants concernent les marchés conclus par l'État, un établissement public de santé ou un établissement public social ou médico-social (art. 36 de la loi n° 2009-179 du 17 février 2009).

### 5.1.3. Un avenant peut être passé après la réception, mais doit être passé avant le DGD

*« **La réception des travaux** […] **ne fait pas obstacle à la passation ultérieure d'un avenant régularisant des opérations antérieures et en tirant les conséquences financières** dès lors que cette passation intervient avant l'établissement du décompte général »* (CAA Paris, 18 mai 2006, Société Axima).

## 5.2. Avenant ou marché négocié complémentaire ?

**L'avenant doit être distingué des march**és **complémentaires négociés sans publicité préalable et mise en concurrence** (article 35 II-4° et 5°). Ces marchés complémentaires sont de nouveaux marchés dont le montant cumulé, pour les marchés complémentaires de services et de travaux, ne doit pas dépasser 50 % du montant du marché initial.

L'article 35-II 5° du Code prévoit que peuvent être négociés sans publicité préalable et sans mise en concurrence :

> *Les marchés complémentaires de services ou de travaux qui consistent en des prestations qui ne figurent pas dans le marché initialement conclu mais qui sont devenues nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue, à l'exécution du service ou à la réalisation de l'ouvrage tel qu'il est décrit dans le marché initial, à condition que l'attribution soit faite à l'opérateur économique qui a exécuté ce service ou réalisé cet ouvrage :*
> *a) lorsque ces services ou travaux complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché principal sans inconvénient majeur pour le pouvoir adjudicateur ;*
> *b) lorsque ces services ou travaux, quoiqu'ils soient séparables de l'exécution du marché initial, sont strictement nécessaires à son parfait achèvement.*
> *Le montant cumulé de ces marchés complémentaires ne doit pas dépasser 50 % du montant du marché principal.*

Il n'est pas aisé de recourir aux marchés complémentaires.

Nécessité d'être confronté à **une circonstance imprévue**. Le terme « imprévue » suppose des circonstances qui ne sont pas raisonnablement prévisibles lors de la conclusion du marché initial. La ou les circonstances imprévues ne doivent pas résulter du comportement fautif de l'une des deux parties, ni reposer sur des aléas normalement prévisibles. Elles doivent, en outre, être extérieures aux parties contractantes.

Une ordonnance rendue par le tribunal de Nice, le 11 mai 2007, précise que le fait de ne pas donner suite pour un motif d'intérêt général ne peut s'analyser comme une circonstance imprévue, car non extérieure aux parties (le maître d'ouvrage).

**Comment distinguer circonstances imprévisibles et circonstances imprévues**. Les « circonstances imprévisibles » et les « circonstances imprévues » doivent toujours être des phénomènes extérieurs aux parties et être irrésistibles. Elles se distinguent, cependant, par le degré de probabilité de leur survenance selon les pratiques constatées dans un secteur d'activité donné. Ainsi, si les circonstances imprévisibles sont celles qui déjouent toutes les prévisions des parties, les circonstances imprévues sont celles qui excèdent seulement les vicissitudes de la vie économique (CAA Marseille, 2 octobre 2008, M. François Deslaugiers, n° 07MA00016).

**Services ou travaux ne pouvant être techniquement ou économiquement séparés du marché principal** sans inconvénient majeur pour le pouvoir adjudicateur, ou services ou travaux, quoique séparables de l'exécution du marché, strictement nécessaires à son parfait achèvement : il faut donc que le maître d'ouvrage prouve qu'il est dans une situation de quasi-blocage et démontre la complexité du projet, ou son caractère d'urgence, ou que le contrat présente un bilan entre les avantages et les inconvénients plus favorable que celui d'autres contrats de la commande publique.

Dans le cas de sujétions techniques imprévues de l'avenant, comme dans celui de circonstance imprévue du marché complémentaire, on retrouve la notion **d'imprévisibilité, d'anormalité de la situation, de contraintes particulières et d'extériorité à la volonté des parties**.

**Le seuil** de pourcentage d'augmentation autorisé dans le cadre d'un marché négocié complémentaire est fixé à 50 % du montant du marché principal. Cela ne peut être envisagé pour un avenant… sauf à évoquer des sujétions techniques imprévues.

Le marché négocié complémentaire doit être attribué par la commission d'appel d'offres et soumis à l'autorisation de l'assemblée délibérante avant signature. C'est un marché autonome et distinct du premier, tout en étant justifié par l'existence de ce précédent contrat.

## 5.3. La décision de poursuivre

La décision de poursuivre permet à l'Administration, par une décision unilatérale, de donner l'ordre à l'entrepreneur de poursuivre les travaux au-delà de la masse initiale prévue au marché.

Elle ne doit en aucun cas bouleverser l'économie du marché, ni en affecter l'objet. Il n'est donc pas possible de recourir à la décision de poursuivre pour introduire des prestations différentes de celles du marché ou de nouveaux prix.

Elle est prise par le maître d'ouvrage et est obligatoirement assortie d'un montant limite.

Elle doit faire l'objet d'une délibération pour les collectivités territoriales.

Les conditions dans lesquelles l'acheteur peut utiliser la décision de poursuivre doivent être prévues dans le marché.

Elle permet d'engager les travaux imprévus nécessaires à la réalisation de l'ouvrage dans des délais courts, sur la base des prix initialement prévus au marché.

L'article 118 du Code des marchés publics précise que « *dans le cas particulier où le montant des prestations exécutées atteint le montant prévu par le marché, la poursuite de l'exécution des*

*prestations est subordonnée, que les prix indiqués au marché soient forfaitaires ou unitaires, à la conclusion d'un avenant ou, si le marché le prévoit, à une décision de poursuivre prise par le pouvoir adjudicateur ».*

Toutefois, il peut arriver que le montant des prestations exécutées atteigne le montant fixé par le marché, sans que la totalité des prestations soit réalisée et sans que l'objet du marché soit atteint. Dans ce cas, si le marché en a prévu la possibilité, la personne responsable peut prendre la décision de poursuivre l'exécution des prestations.

# 6. La gestion du compte prorata

## 6.1. Qui doit supporter les dépenses communes de chantier ?

### 6.1.1. Définition des dépenses communes de chantier

**Utilité des dépenses communes de chantier**. L'entrepreneur réalisant l'ouvrage sur le site – et non pas en usine – doit disposer sur place d'une infrastructure importante. Il s'agit d'installations provisoires utilisées pendant la durée du chantier et indispensables à l'exécution des travaux. La présence des entreprises sur le chantier n'est pas seulement successive, elle est également concomitante. C'est la raison pour laquelle les installations mises en place par un entrepreneur serviront aux autres entrepreneurs intervenant sur le chantier, le marché précisant quels sont les équipements concernés, qui doit les mettre en place et qui supporte les dépenses.

**Une part des frais d'exécution différente d'un chantier à l'autre**. Ainsi, les dépenses communes de chantier sont celles qui, effectuées par un ou plusieurs entrepreneurs, ont pour but ou pour effet d'assurer la bonne marche de l'ensemble du chantier. Elles peuvent être variables en fonction de différents facteurs : d'une part, de la nature du chantier et de sa localisation géographique (chantier urbain très dense ou chantier rural diffus), compte tenu de la proximité ou de l'éloignement des réseaux publics, des conditions d'accès, de la nécessité d'un gardiennage ; d'autre part, de l'importance du chantier, pavillon ou grand ensemble, mais également des modalités d'exécution du chantier comme les délais, la nécessité de mettre en œuvre un préchauffage, les techniques d'exécution et les matériaux employés.

**Les documents contractuels devraient prévoir, parmi les dépenses d'intérêt commun, celles qui doivent être prises en compte par tel ou tel corps d'état**. Pour établir son prix, l'entrepreneur doit tenir compte du coût de ces dépenses d'intérêt commun. Il doit, par conséquent, connaître dès le départ la part des dépenses qui lui incombent. Il faut donc que les documents contractuels (le dossier de consultation ou la convention interentreprises) donnent la liste, de manière exhaustive, des dépenses qui doivent être prises en compte pour effectuer les travaux, organisent à l'avance leur répartition et envisagent la gestion et le règlement des dépenses qui doivent être réparties entre les entreprises.

**Une convention particulière de compte prorata**. Il est conseillé aux entreprises d'établir une convention de compte prorata afin de déterminer concrètement les obligations de chacune des entreprises et les postes qui constitueront le compte prorata.

**Le texte de base** qui propose les dispositions les plus complètes sur les dépenses communes de chantier (ou dépenses d'intérêt commun) est le CCAG applicable aux travaux de bâtiment

faisant l'objet de marchés privés norme NF P 03-001 (art. 14, annexes A, B, C pour l'édition de décembre 2000). L'annexe A de la norme donne une liste des dépenses d'intérêt commun. Bien entendu, cette liste n'est pas exhaustive. Elle sera complétée suivant les exigences particulières du marché.

**Pour s'appliquer, la norme** Afnor NF P 03 001 **doit être citée comme document contractuel** (Cass., 25 octobre 2005).

**En marchés publics**. Le CCAG Travaux 2009 ne prévoit rien de spécifique concernant le compte prorata. Les dépenses communes de chantier sont incluses dans les prix des prestations des entreprises. Cela implique que chaque entreprise établit un prix la rémunérant des dépenses concernant les installations communes, mises à sa charge par le descriptif de son lot.

L'article 10.1.1 du CCAG indique :

> *Les prix sont réputés comprendre toutes les dépenses résultant de l'exécution des travaux, y compris les frais généraux, impôts et taxes, et assurer au titulaire une marge pour risques et bénéfice. Toutefois, les prix sont indiqués dans le marché hors taxe à la valeur ajoutée (TVA).*
> *À l'exception des seules sujétions mentionnées dans le marché comme n'étant pas couvertes par les prix, ceux-ci sont réputés tenir compte de toutes les sujétions d'exécution des travaux qui sont normalement prévisibles dans les conditions de temps et de lieu où s'exécutent ces travaux, que ces sujétions résultent notamment :*
> *– de l'utilisation du domaine public et du fonctionnement des services publics ;*
> *– de phénomènes naturels ;*
> *– de la présence de canalisations, conduites et câbles de toute nature, ainsi que des chantiers nécessaires au déplacement ou à la transformation de ces installations ;*
> *– des coûts résultant de l'élimination des déchets de chantier ;*
> *– de la réalisation simultanée d'autres ouvrages.*
> *Les prix sont réputés avoir été établis en considérant qu'aucune prestation n'est à fournir par le maître de l'ouvrage.*

Son article 10.1.2 précise que :

> *Dans le cas d'un marché passé avec des entrepreneurs groupés conjoints, les prix des prestations attribuées à chaque entrepreneur dans l'acte d'engagement sont réputés comprendre les dépenses et marge correspondantes, y compris les charges que chaque entrepreneur peut être appelé à rembourser au mandataire.*
> *Dans ce cas, les prix des travaux attribués au mandataire sont réputés comprendre, en sus, les dépenses et marge touchant les prestations complémentaires suivantes :*
> *– la construction et l'entretien des moyens d'accès et des chemins de service nécessaires pour les parties communes du chantier ;*
> *– l'établissement, le fonctionnement et l'entretien des clôtures, les dispositifs de sécurité et installation d'hygiène intéressant les parties communes du chantier ;*
> *–le gardiennage, l'éclairage et le nettoyage des parties communes du chantier, ainsi que leur signalisation extérieure ;*
> *–l'installation et l'entretien du bureau mis à la disposition du maître d'œuvre, si les documents particuliers du marché le prévoient ;*
> *– les mesures propres à pallier d'éventuelles défaillances des autres membres du groupement et les conséquences de ces défaillances.*
> *Si le marché ne prévoit pas de disposition particulière pour rémunérer le mandataire des dépenses résultant de son action de coordination des entrepreneurs conjoints, ces dépenses sont réputées couvertes par les prix des travaux qui lui sont attribués. Si le marché prévoit une telle disposition particulière et si celle-ci consiste dans le paiement au mandataire d'un pourcentage déterminé du montant des travaux attribués aux autres membres du groupement, ce montant s'entend des sommes effectivement réglées auxdits membres.*

**En cas de sous-traitance**. Le sous-traitant peut être tenu de participer aux frais du compte prorata. Il doit bien lire avant de les signer les conditions d'exécution générales du chantier, sinon il s'expose aux conséquences de leur inobservation (Cass. 3e civ., 3 octobre 2001, Société Isocler Janna c/ société Aldoriv Constructions).

**Ordre de grandeur moyen**. On s'accorde généralement, sauf contrainte technique exceptionnelle, à admettre que le compte prorata doit être entre 1 et 2 % du montant total du marché. C'est la somme raisonnablement prévisible à payer en fin de compte par chaque entreprise. L'objectif est, en effet, de ne pas alourdir de façon excessive la trésorerie des entreprises qui avancent ces frais jusqu'à leur répartition définitive. La réalité est parfois différente : on constate encore sur de trop nombreux chantiers un gonflement du compte qui peut parfois atteindre 5 à 7 % du montant total du marché, voire davantage.

**Ne constituent pas des dépenses d'intérêt commun les équipements propres à un entrepreneur**. Puisque les dépenses communes sont des dépenses utiles à l'ensemble des entreprises participantes, comme les branchements d'eau, d'électricité ou les installations d'hygiène, ne constituent pas des dépenses communes de chantier les équipements propres à un entrepreneur pour l'exécution de son lot : l'échafaudage du peintre, par exemple.

Lorsqu'il est précisé, dans les pièces contractuelles, que chaque entreprise est responsable de ses travaux et de ses installations, cela implique que cette prestation ne peut être imputée au compte prorata (Cass. 3e civ., 2 mai 1978).

Les dépenses nécessitées par le remplacement des matériaux et des objets façonnés qu'une société a affectés à l'exécution de son lot, ne sont pas des travaux d'intérêt commun, même s'ils concourent à la réalisation d'un même ouvrage, et ne peuvent être considérés comme des dépenses d'intérêt commun prévues dans les dispositions de la norme NF P 03 001 (Cass. 3e civ., 28 janvier 1998, Société Menuiserie Savignon).

**Ne constituent pas non plus des dépenses d'intérêt commun ce qui est destiné au maître d'ouvrage**. Les fournitures ou ouvrages destinés à être reçus par le maître d'ouvrage et qui auraient été omis par les documents du marché, relèvent tout au plus des travaux supplémentaires.

**S'il faut encourager la mise en place d'une organisation commune, le coût de cette répartition ne doit pas être intégré dans le compte prorata**. En effet, **l**e secteur du bâtiment génère environ 40 millions de tonnes de déchets par an, soit plus que les déchets ménagers (29,5 millions de tonnes), mais cinq fois moins que les déchets des travaux publics (220 millions de tonnes).

Les déchets du bâtiment sont répartis en trois catégories : 72 %, soit près de 30 millions de tonnes, sont des déchets inertes, 26 % des déchets non dangereux et 2 % des déchets dangereux. Selon la nature des déchets, les coûts d'élimination varient fortement, allant de quelques euros la tonne pour les déchets inertes à 1 200 euros la tonne pour les déchets dangereux.

Dans un souci évident d'économie d'échelle, il convient, lorsque plusieurs corps d'état interviennent pour un même chantier, d'encourager la mise en place d'une organisation commune pour la gestion et l'élimination des déchets. Mais, dans ce cas, le coût de cette organisation ne doit pas être intégré dans le compte prorata, dont le mode de répartition, fonction du montant des marchés, ne reflète pas la part de chaque entreprise dans la production des déchets.

Cette répartition devra donc être négociée entre les différentes entreprises concernées, sans intervention de la maîtrise d'ouvrage.

C'est d'ailleurs ce que prévoit le CCAG Travaux 2009 (art. 36.1), qui précise que la valorisation ou l'élimination des déchets créés par les travaux, objet du marché, est de la responsabilité du maître d'ouvrage en tant que « producteur » de déchets et du titulaire en tant que « détenteur » de déchets, pendant la durée du chantier.

Toutefois, le titulaire reste « producteur » de ses déchets en ce qui concerne les emballages des produits qu'il met en œuvre et les chutes résultant de ses interventions.

Un commentaire sous cet article rappelle que « *dans le cas de travaux allotis, les documents particuliers du marché peuvent prévoir, dans un souci d'économie d'échelle, la mise en place d'une organisation commune pour la gestion et l'élimination des déchets. Dans ce cas, le coût de cette organisation peut faire l'objet d'un compte particulier prévu par ces documents. La répartition de ce coût doit donc alors être négociée entre les différentes entreprises concernées* ».

### 6.1.2 Imputation des dépenses communes

**Les dépenses d'équipement sont imputées dès le départ à un lot déterminé**. Parmi les dépenses d'intérêt commun, la norme distingue les dépenses dites d'investissement ou d'équipement, dont il est possible de déterminer au départ la consistance et le prix, et les dépenses de fonctionnement, essentiellement les dépenses de consommation.

Les dépenses d'équipement sont des dépenses qui peuvent être imputées dès le départ à un lot déterminé. Elles ne font donc pas partie de ce qu'on appelle le compte prorata.

On citera : les branchements provisoires (eau, électricité, égout), les clôtures de chantier, le bureau de chantier, le panneau de chantier, les sanitaires, les réseaux intérieurs d'eau et d'électricité, l'éclairage, les dispositifs communs de sécurité.

Ces dépenses, auxquelles s'ajoutent les dépenses d'entretien, sont, en ce qui concerne les prestations extérieures aux bâtiments proprement dits, mises à la charge de l'entreprise titulaire du lot gros œuvre et, en ce qui concerne les équipements de bâtiments en construction, imputées aux titulaires des lots équipements (plomberie, électricité).

Ces dépenses étant réputées rémunérées par le prix du marché, l'entrepreneur remet son prix en fonction des dépenses qui sont à sa charge. D'où l'intérêt de savoir chiffrer la dépense à la signature du marché.

**Une rémunération individualisée dans le prix du marché**. La norme Afnor NF P 03-001, dans son édition de décembre 2000, annexe A, précise que les dépenses d'intérêt commun, lorsqu'elles peuvent être imputées à un lot déterminé, sont mises à la charge de l'entrepreneur titulaire de ce lot et que la prestation correspondante (telle qu'elle est décrite dans les documents particuliers du marché ou, à défaut, dans le tableau A.1 de ladite norme) fait l'objet d'une rémunération individualisée dans le prix du marché sur la base d'un devis quantitatif et estimatif établi à cet effet. Ce devis est établi en tenant compte du descriptif figurant dans le plan général de coordination sécurité et de la protection de la santé (PGC) transmis à l'entrepreneur, s'il est requis.

**Les dépenses d'équipement habituelles sont décrites dans la norme Afnor**. Pour les travaux neufs, cette liste figure à l'annexe A dans un tableau A.1 qui comprend trois colonnes. La première indique la nature des prestations (exemple : bureau de chantier), la deuxième désigne le lot qui en a la charge et qui en supporte la dépense (exemple : gros œuvre) : son titulaire est chargé de la prestation correspondante, qu'il exécute lui-même ou qu'il fait exécuter sous sa responsabilité ; la troisième colonne précise, sous réserve des dispositions

particulières du marché, le contenu de cette prestation (exemple : locaux en rapport avec l'importance du chantier, comprenant au minimum une salle de réunion, et livrés avec le téléphone, le chauffage, l'éclairage et le mobilier).

**Pour les travaux sur existants**. L'annexe B de la norme Afnor adapte les dispositions de l'annexe A aux exigences spécifiques de ce type de chantier. Elle considère tout naturellement que les voies de circulation, les branchements nécessaires au chantier ainsi que les réseaux intérieurs d'eau et d'électricité existent et sont utilisables, et en prévoit les conditions d'utilisation. Bien entendu, lorsque ces installations font défaut ou ne peuvent être utilisées, il est renvoyé aux règles de répartition des dépenses d'intérêt commun prévues pour les travaux neufs.

**Certaines prestations d'intérêt commun peuvent être fournies par le maître d'ouvrage**. Dans ce cas, le CCAP doit énumérer les prestations d'intérêt commun qui sont fournies par le maître d'ouvrage.

**Les dépenses de consommation sont portées au débit d'un compte spécial, le compte prorata**. Malgré le caractère facilement déterminable des dépenses, les entreprises ne sont pas toujours en mesure de connaître, à l'avance, leur consistance exacte, surtout lorsque le marché est passé en lots séparés. Il en est ainsi des dépenses d'hygiène qui dépendent du nombre de salariés sur le chantier. C'est pourquoi, lorsqu'elle ne peut être déterminée à l'avance, la dépense est portée au débit d'un compte spécial, le compte prorata.

Sont essentiellement portées à ce compte les dépenses dites de fonctionnement, qui se décomposent en dépenses de consommation et dépenses d'exploitation. Leur montant est fonction des quantités consommées. Ces dépenses sont imputées à l'ensemble des entreprises selon une clef de répartition définie dans le marché. À défaut de clef particulière prévue dans les documents du marché, la répartition est faite au prorata du montant des situations cumulées de chaque entrepreneur, d'où le nom de « compte prorata ».

**Pour l'essentiel sont inscrites au compte prorata** : les consommations d'eau et d'électricité, les consommations téléphoniques non facturées, le nettoyage du bureau de chantier et des installations communes d'hygiène, les frais de gardiennage lorsqu'il est décidé par les entreprises, et toute dépense qui serait portée expressément au débit du compte soit par les documents contractuels soit par décision des entreprises.

Une fois le taux de répartition accepté par les entreprises, il ne peut être modifié que par une convention particulière ou par un avenant à la convention de compte prorata (Cass., 21 décembre 1982, Établissement Battut et Compagnie).

**Les frais de remplacement des fournitures mises en œuvre et détériorées ou volées**. La norme Afnor, dans son édition de décembre 2000, ne retient plus parmi les dépenses inscrites au compte prorata les frais de réparation et de remplacement des fournitures mises en œuvre détériorées ou détournées. Les rédacteurs ont, en effet, estimé qu'il appartenait à chaque entrepreneur de prendre les mesures nécessaires pour éviter les vols et les dégradations sur les chantiers. (Voir également, en ce sens, Cass. 3e civ., 28 janvier 1998.)

Il est toutefois possible que les entreprises, ou le marché, prévoient explicitement que le poste « Détérioration ou vol » fasse partie du compte prorata (CE, 10 décembre 1986, Office municipal d'HLM de Drancy).

**Nettoyage du chantier**. Afin de ne pas alourdir de façon inconsidérée le coût du compte prorata et pour responsabiliser les entreprises, il n'est pas souhaitable de faire figurer le nettoyage du chantier dans le compte prorata. C'est le parti retenu par la norme Afnor

(A.3.1), qui précise qu'il n'est pas décompté de compte prorata au titre du nettoyage du chantier et que chaque entrepreneur, après chaque intervention en un lieu donné, doit laisser l'emplacement propre.

**Chauffage du chantier**. Pour les mêmes raisons, la norme indique également que les frais de chauffage et de préchauffage du chantier ne doivent en aucun cas figurer au compte prorata (A.3.2).

## 6.2. Gestion et règlement du compte prorata

### 6.2.1. Gestion du compte prorata

**L'annexe C de la norme Afnor ou une convention particulière**. Les modalités de gestion et de règlement du compte prorata sont fixées, en l'absence de convention particulière, par l'annexe C de la norme A**fnor** NF P 03-001. Pour s'appliquer, la norme doit toutefois être visée comme pièce contractuelle du marché. Si une convention particulière est conclue, il est recommandé à la personne chargée de la gestion du compte prorata d'en adresser une copie pour information au maître d'œuvre et au maître d'ouvrage dans un délai de quinze jours à compter de sa conclusion.

**En cours de chantier**. Si la norme est expressément visée comme étant contractuelle dans le marché et s'il n'y a pas été dérogé dans les pièces particulières du marché, si le gestionnaire du compte prorata est impayé, en cours de chantier, après une mise en demeure restée sans effet, des factures ou appels de fonds dus par un entrepreneur au titre du compte prorata, celui-ci peut demander au maître d'ouvrage de déduire ces montants du ou des acomptes à verser à l'entrepreneur. Pour ce faire, il doit néanmoins adresser au maître d'ouvrage, avec copie au maître d'œuvre, une attestation indiquant la somme due au titre du compte prorata (art. 14.2.6 de la norme).

**Une attestation jointe au décompte définitif faisant ressortir la situation de chaque entrepreneur au regard du compte**. L'article 14.2.3 de la norme A**fnor** NF P 03-001 (édition décembre 2000) précise que, dans les quatre-vingt-dix jours qui suivent la réception des travaux, la personne chargée de la tenue du compte prorata adresse au maître d'œuvre une attestation faisant apparaître la situation de chaque entrepreneur vis-à-vis du compte prorata. Cette attestation, que le maître d'œuvre joint au décompte définitif adressé au maître d'ouvrage, soit déclare que l'entrepreneur est en règle quant à ses obligations au titre du compte prorata, soit indique la somme dont celui-ci est encore redevable à ce titre.

**Le montant de la dernière situation cumulée**. Dans la version de décembre 2000 de la norme, il est prévu à l'article 14.2.4, puisqu'il existe toujours sur un chantier des travaux en plus et des travaux en moins, que le maître d'ouvrage communique à l'entrepreneur chargé de la tenue du compte prorata le montant de la dernière situation cumulée de l'entrepreneur au plus tard à la réception des travaux. Cette disposition devrait permettre au gestionnaire de connaître plus rapidement le montant des recettes à porter audit compte qui, rappelons-le, est au prorata du montant des situations cumulées de chaque entrepreneur.

**Un mécanisme de délégation de paiement**. La norme prévoit (art. 14.2.5) un mécanisme qui permet à l'entrepreneur gestionnaire d'être payé directement par le maître d'ouvrage des sommes dues par un autre entrepreneur au titre du compte prorata : « *L'entrepreneur débiteur délègue le maître d'ouvrage, qui accepte, à la personne chargée de la tenue du compte prorata pour que cette dernière reçoive paiement à sa place des sommes que lui doit encore le maître de l'ouvrage*

*au titre du marché. Cette délégation est consentie dans la limite du montant de sa dette au titre du compte prorata. À cet effet, le maître de l'ouvrage déduit du solde dû à l'entrepreneur la somme indiquée par l'attestation ci-dessus* [visée au 14.2.3] *et la verse entre les mains de la personne chargée de la tenue du compte prorata. »*

Dans ce cas, si la norme NF P 03 001 est expressément citée comme document contractuel et s'il n'y a pas été dérogé, le maître d'ouvrage engage sa responsabilité s'il ne vérifie pas qu'il est en possession d'une attestation établissant le paiement ou la consignation des sommes dues par les entreprises au compte prorata, et qu'il n'effectue pas automatiquement les retenues nécessaires (Cass. 3e civ., 6 mars 1979 ; Cass. 3e civ., 10 décembre 1980, Société d'études et de financement immobilier « Chaîne des hôtels Mercure » ; Cass., 6 janvier 1983 ; CA Lyon, 19 mars 1987).

En revanche, lorsque le maître d'ouvrage n'est pas concerné par le compte prorata, sa responsabilité ne peut être engagée par des décisions arrêtées par l'architecte (TA Paris, 18 juin 1963 ; Cass. 3e civ. 3 février 1976). Le fait de ne pas avoir critiqué les dépenses inscrites au compte prorata et figurant sur les comptes rendus de chantier portés à la connaissance du maître d'ouvrage ne constitue pas une immixtion de ce dernier (Cass. 3e civ., 22 juillet 1987).

**En marché public**, le fait pour le maître d'ouvrage d'adresser une mise en demeure aux entrepreneurs et de leur retenir sur le solde les sommes dues au titre du compte prorata est une simple faculté. Si des clauses du marché autorisent le maître de l'ouvrage à conditionner le règlement du solde du marché au versement, par les entrepreneurs conjoints, des sommes dues par eux au titre du compte prorata, le fait, pour le maître de l'ouvrage public, de ne pas opérer cette retenue ne constitue cependant pas une faute de nature à engager sa responsabilité (CE, 19 juin 1981, Bongionvani ; Lebon, tables p. 813).

Lorsque le CCAP autorise le maître d'ouvrage à subordonner le règlement du marché à la justification par l'entrepreneur du versement qu'il lui incombe au titre du compte prorata, le gestionnaire du compte prorata doit tout de même produire sa créance auprès de l'administrateur. Dans cette espèce, le concordat a prévu que le paiement aux créanciers s'élèverait à 35 % de leur créance, hauteur de la somme que le maître d'ouvrage pouvait seulement retenir sur le solde du marché (CE, 18 novembre 1988, Société Rey).

**Le maître d'ouvrage doit payer sur production des quitus** (Cass., 28 octobre 2003).

**Le gestionnaire du compte prorata**. Le compte prorata est tenu, en règle générale, par le mandataire commun, dans le cas d'entrepreneurs groupés, ou par l'entrepreneur du lot principal dans le cas d'entrepreneurs non groupés. Mais, par décision du comité de contrôle, tout entrepreneur peut être chargé de la tenue du compte prorata.

**La rémunération du gestionnaire**. La rémunération de la personne chargée de la tenue du compte prorata consiste en un pourcentage du montant des dépenses imputées au compte prorata. Ce pourcentage est fixé par accord particulier entre la personne chargée de la gestion du compte et le comité de contrôle. Pour les marchés qui font référence à la norme Afnor NF P 03-001, et qui n'y ont pas dérogé, ce pourcentage est fixé à 8 % du montant TTC des dépenses imputées au compte prorata hors la rémunération du gestionnaire.

**La composition du comité de contrôle**. L'entrepreneur chargé de la tenue du compte prorata est assisté d'un comité de contrôle. Il est souhaitable que le comité de contrôle comporte un nombre impair de membres pour faciliter la prise de décision et qu'il comporte au moins un représentant du ou des lots de structure (gros œuvre, charpente métallique), un représentant du groupe des lots de second œuvre (étanchéité, menuiserie, métallerie, sols,

peinture, plâtrerie, isolation, etc.), et un représentant du groupe des lots d'équipement (plomberie, électricité, génie climatique, ascenseurs, etc.).

**Les attributions et la rémunération du comité de contrôle**. C'est généralement le comité de contrôle qui décide de l'engagement des dépenses communes imprévues et qui, en cas de contestation, accepte ou refuse les factures présentées. Il statue sur le solde et le règlement du compte prorata, et prend dans le cadre du marché toute décision utile à la détermination des obligations de chaque entrepreneur et à la bonne gestion du compte prorata. Il n'est, la plupart du temps, pas rémunéré.

### 6.2.2. Règlement du compte prorata

En début de chantier ou, dans le cas où tous les entrepreneurs ne sont pas désignés à l'ouverture du chantier, lorsque la moitié de l'ensemble des travaux est traitée, il est arrêté entre les entrepreneurs un budget prévisionnel pour le compte prorata.

Le compte prorata peut être alimenté par des acomptes mensuels ou trimestriels. Ceux-ci sont versés par les entreprises directement ou par prélèvement sur les situations de travaux. La norme n'en fixe pas les modalités ; c'est en principe au gestionnaire de les proposer et les faire accepter par les entreprises.

Les factures ou appels de fonds sont établis par la personne chargée de la tenue du compte prorata sur la base des situations de travaux réalisés par chaque entreprise et dont les montants lui sont communiqués par le maître d'œuvre.

**L'inscription des dépenses au compte prorata**. Les inscriptions au compte prorata doivent être justifiées par les entreprises au moyen de factures ou d'attachements remis à la fois au créancier et à la personne chargée de la tenue du compte. Dans la version de décembre 2000 de la norme Afnor NF P 03-001, il est précisé dans l'annexe C (C.5.1) que chaque entrepreneur renonce à demander le paiement des factures qu'il n'aurait pas produites à la personne chargée de la tenue du compte dans un délai de deux mois à compter de la réalisation de la prestation et au plus tard quinze jours après la réception des travaux. Il s'agit d'une nouveauté par rapport aux versions antérieures.

**Imputations au compte prorata**. Les dépenses imputées au compte prorata comprennent les frais de la main-d'œuvre d'exécution de l'entreprise, les frais de matériels, les fournitures rendues sur le chantier aux prix facturés à l'entreprise et les prestations réalisées par des tiers. Chacun de ces postes est calculé soit sur la base de justifications détaillées (par exemple, pour les consommateurs d'électricité : factures EDF), soit sur la base d'un barème approuvé par le comité de contrôle, soit sur la base des prix unitaires du marché éventuellement affectés d'un rabais fixé par le comité de contrôle, soit sur la base d'un devis approuvé par le comité de contrôle. Il est généralement appliqué à chacun de ces postes un coefficient multiplicateur arrêté en accord avec les entrepreneurs, et ajouté le montant de la TVA au taux applicable.

**Solde et répartition définitive du compte prorata**. Après la réception des travaux, le solde du compte et sa répartition sont établis par le gestionnaire. Sauf accord différent, cette répartition se fait au prorata du montant des situations cumulées. Toutefois, pour certaines dépenses expressément énumérées, une règle de répartition différente peut être établie par les documents particuliers du marché ou par accord de l'ensemble des entrepreneurs intervenant sur le chantier. La norme Afnor NF P 03-001 (annexe C, point C.7) prévoit que ce solde et sa répartition sont communiqués à chaque entrepreneur dans les quarante-cinq jours qui suivent la réception des travaux. Chaque entrepreneur dispose alors de quinze jours pour faire

connaître par écrit ses observations. Passé ce délai, le solde et sa répartition ainsi que les observations reçues sont soumis dans les huit jours au comité de contrôle qui dispose de vingt et un jours pour faire connaître sa décision. Ensuite, la personne chargée de la tenue du compte émet les factures ou les avoirs au débit ou au crédit de chaque entrepreneur.

Le quitus donné au gestionnaire du compte à l'unanimité de ses membres ne permet plus sa remise en cause (Cass. 3e civ., 25 novembre 1988).

Le gestionnaire ne peut réclamer le remboursement du nettoyage du chantier à une autre entreprise s'il n'y a pas eu de réserves sur les travaux exécutés par cette entreprise de nature à l'engager au titre du compte prorata (Cass. 3e civ., 6 décembre 2005).

**Le maître d'ouvrage n'est pas concerné par le compte prorata**. La Cour de cassation rappelle qu'en principe, le maître d'ouvrage doit rester étranger à la gestion du compte prorata. Celle-ci est du ressort des entreprises, et uniquement d'elles (Cass. 3e civ., 8 juin 2010, Époux Machaux c/ Sté Axa France IARD et autres).

**Sauf convention spéciale, le gestionnaire n'a pas la qualité de mandataire. Les travaux qu'il commande et qu'il ne paie pas n'ont pas à être payés par les autres intervenants.** La Cour de cassation a été saisie d'un litige dans lequel une entreprise de nettoyage, impayée de ses prestations commandées par l'entreprise gestionnaire du compte prorata, a assigné en paiement les autres entreprises intervenant sur le chantier. La Cour rejette ses prétentions, au motif que « *le gestionnaire d'un compte prorata n'a pas, sauf convention spéciale, la qualité de mandataire des autres intervenants sur un chantier* ». En effet, seul le gestionnaire du compte prorata demeure l'unique contractant de l'entreprise à laquelle il a passé commande (Cass. 3e civ, 13 janvier 2010, Sociétés SIN et STES).

11

# La réception des travaux

## 1. Caractéristiques

**C'est l'article 1792-6 du Code civil qui fixe le cadre juridique, tant pour les marchés privés que pour les marchés publics** :

> *La réception est l'acte par lequel le maître de l'ouvrage déclare accepter l'ouvrage avec ou sans réserves. Elle intervient à la demande de la partie la plus diligente, soit à l'amiable, soit à défaut judiciairement. Elle est, en tout état de cause, prononcée contradictoirement.*

En marchés publics soumis au CCAG Travaux (2009), elle se déroule selon les étapes minutieusement organisées par son article 41.

**Elle est unilatérale, mais prononcée contradictoirement** : c'est le maître d'ouvrage qui la prononce, seul mais en présence de l'entrepreneur ou, du moins, ce dernier dûment convoqué. L'exigence du contradictoire ne rend pas obligatoire la signature du procès-verbal de réception par l'entrepreneur dès lors que sa participation à la réception ne fait pas de doute (Cass. 3e civ., 12 janvier 2011, Époux « s » c/ »y »).

**La réception intervient à la demande de la partie la plus diligente ; la plupart du temps, c'est l'entrepreneur** qui aura intérêt à la demander… ne serait-ce que pour mettre un terme au délai d'exécution. En marchés publics, l'article 41.1 du CCAG Travaux (2009) prévoit que l'entrepreneur avise à la fois la personne responsable du marché et le maître d'œuvre, par écrit, de la date à laquelle il estime que les travaux ont été achevés ou le seront.

**La réception peut être prononcée sans ou avec réserves** si l'ouvrage est prêt à être utilisé ou occupé.

**Elle peut porter sur la totalité des ouvrages ou une partie de ceux-ci**. Dans ce cas, le marché doit contenir une clause en ce sens : réception par bâtiment, par tranche, par étage. La réception par lot n'est pas prohibée par la loi. (Cass. 3e civ., 16 novembre 2010 ; et Cass. 3e civ., 21 juin 2011, Miroiterie landaise).

**Le procès-verbal de réception doit être signé par le maître d'ouvrage**. La signature de l'entrepreneur n'est pas indispensable. Si ce cadre n'est pas respecté, aucune réception ne vaut, et aucun des effets de cette réception ne peut être tiré.

**Un procès-verbal de réception signé de la seule entreprise titulaire n'a pas de valeur juridique** (CAA Nancy, 7 janvier 2008, Société Alsametz).

**La réception intervient nécessairement dans les rapports entre le maître d'ouvrage et les entreprises titulaires du marché**. Seuls les entrepreneurs liés par un contrat de louage d'ouvrage au maître d'ouvrage sont concernés.

Une réception des travaux entre l'entrepreneur principal et son sous-traitant n'a aucun effet à l'égard du maître d'ouvrage.

Mais si le sous-traitant ne participe pas à la réception, il devra être informé de sa date qui conditionne le délai pendant lequel sa responsabilité pourra être recherchée.

> *Rappel*
>
> L'article 2270-2 du Code civil (issu de l'ordonnance du 8 juin 2005) a réduit les délais d'action en responsabilité contre les sous-traitants. Les actions en responsabilité dirigées contre un sous-traitant (en raison de dommages affectant un ouvrage ou des éléments d'équipement d'un ouvrage mentionnés aux articles 1792 et 1792-2) se prescrivent par dix ans à compter de la réception des travaux ou (pour les dommages affectant ceux des éléments d'équipement de l'ouvrage mentionnés à l'article 1792-3), par deux ans à compter de cette même réception.

Dans le cas où les travaux sont exécutés par un sous-traitant, la réception des travaux sous-traités s'effectue dans les mêmes conditions (le sous-traitant étant dans la situation de l'entrepreneur et l'entrepreneur principal étant dans la situation du maître d'ouvrage).

Les contrats types de sous-traitance de la Fédération française du bâtiment et de la Fédération nationale des travaux publics (FFB, FNTP) (Société d'édition du bâtiment et des travaux publics [SEBTP], 6-14 rue La Pérouse, 75784 Paris Cedex 16) prévoient que, sauf dérogation exceptionnelle envisagée aux conditions particulières, la réception des travaux est simultanée pour tous les corps d'état, et qu'elle coïncide avec la réception prononcée par le maître d'ouvrage.

**En principe, la réception suppose que les travaux soient achevés. Toutefois,** il est admis par la jurisprudence que la réception peut intervenir avant achèvement des travaux : par exemple, si l'entrepreneur abandonne le chantier. Pour admettre la réception de travaux non encore totalement achevés, la Cour de cassation recherche si, lors de la prise de possession par le maître d'ouvrage, les travaux étaient en état d'être reçus.

Afin de permettre la reprise du chantier par une autre entreprise, il convient d'avoir fixé ce qui a été fait par l'entreprise ayant quitté le chantier, généralement par un « constat d'avancement des travaux » (Cass. 3e civ., 12 juillet 1989).

**Marchés à tranches**. Chaque date de réception fait courir un délai décennal distinct. Le point de départ de l'action en garantie décennale est fixé à la date de réception des travaux. En cas de tranches successives faisant l'objet de réceptions distinctes, chaque date de réception fait donc courir un délai décennal distinct (Cass. 3e civ., 2 mars 2011).

# 2. Conséquences juridiques et financières au regard du droit des marchés

## 2.1. Conséquences juridiques de la réception

**La date d'effet de la réception**, que la réception soit prononcée avec ou sans réserves :

- **arrête le cours du délai d'exécution** (et, le cas échéant, la course des pénalités de retard) : les travaux sont « achevés » **;**
- **couvre les vices**, malfaçons et défauts de conformité **apparents** et n'ayant pas fait l'objet de réserves ;
- **entraîne le transfert au maître d'ouvrage de la garde de l'ouvrage et des risques** qui y sont liés. Le maître d'ouvrage prend alors la charge de la perte ou du dommage à l'ouvrage, et l'entrepreneur est libéré de son obligation d'assurer la sécurité du chantier et des personnes qui s'y trouvent ;
- **constitue le point de départ de la garantie légale de parfait achèvement** ;
- **constitue le point de départ de la garantie de bon fonctionnement** d'au moins deux ans ;
- **constitue le point de départ de la garantie décennale** ;
- **constitue le point de départ du délai de restitution de la retenue de garantie** ou de libération de la caution qui la remplace ;
- **rend exigible le solde des travaux** par la présentation des mémoires définitifs.

Le Conseil d'État rappelle que la réception est l'acte par lequel le maître d'ouvrage déclare accepter l'ouvrage avec ou sans réserves et « ***qu'elle met fin aux rapports contractuels*** *entre le maître d'ouvrage et les constructeurs* ***en ce qui concerne la réalisation de l'ouvrage*** **»** (et qu'à ce titre, elle interdit au maître d'ouvrage d'invoquer après coup les désordres apparents dont serait affecté l'ouvrage) (CE, 6 avril 2007, Centre hospitalier général de Boulogne-sur-Mer ; CE, 14 mai 2008, OPAC de la Seine-Maritime).

## 2.2. Conséquences financières de la réception

### 2.2.1 La réception est sans effet sur les droits et obligations financiers nés de l'exécution des travaux

L'arrêt du 6 avril 2007 « Centre hospitalier général de Boulogne-sur-Mer » ajoute que la réception **reste sans effet** *« **sur les droits et obligations financiers nés de l'exécution du marché**, à raison notamment de retards ou de travaux supplémentaires,* ***la détermination de ces droits et obligations financiers intervenant définitivement lors de l'établissement du solde du décompte définitif.***

***Seule l'intervention du décompte général et définitif du marché (CGD) a pour conséquence d'interdire au maître d'ouvrage toute réclamation à cet égard.*** »

**En conséquence :**

- La réception sans réserves des travaux marque la volonté du maître d'ouvrage de donner quitus aux constructeurs sur le plan technique.

- La réception ne comporte d'effets exonératoires que pour la partie technique de l'opération, pas sur le volet financier.
- C'est seulement le DGD du marché qui met un point final à l'opération avec le règlement des éléments financiers.
- Il faut attendre le DGD pour déterminer exactement le solde des droits et obligations en prenant en considération les travaux supplémentaires ou les retards dans l'exécution du marché susceptibles d'affecter l'équilibre financier de l'opération.
- Seul l'établissement du DGD du marché a pour conséquence d'interdire au maître d'ouvrage toute réclamation sur d'éventuels préjudices du fait de retards ou de travaux supplémentaires.
- Les maîtres d'œuvre et entreprises doivent donc être très diligents pour provoquer l'établissement du DGD.

### 2.2.2. Possibilité pour le maître d'ouvrage d'émettre des réserves lors de l'établissement du DGD

La possibilité d'émettre des réserves sur le DGD est affirmée par l'arrêt « Centre hospitalier général de Boulogne-sur-Mer ». Lorsque le maître d'ouvrage a connaissance, au moment de l'établissement du décompte, de dommages survenus en cours d'exécution des travaux et qu'il ne peut fixer le montant de leurs conséquences financières, il lui appartient, en vue de sauvegarder ses droits, d'assortir la signature du décompte général de réserves relatives à ces conséquences. Ces réserves, qui doivent être précises quant à leur objet, peuvent porter notamment sur le coût des travaux supplémentaires supportés par le maître d'ouvrage et qui doivent être inclus dans le décompte d'autres entreprises intervenant sur le chantier, ou les conséquences du retard dans l'achèvement des travaux (en dehors des pénalités de retard qui peuvent être chiffrées en application du CCAG). Elles permettent ainsi d'attendre la fin des procédures contentieuses et d'appliquer aux constructeurs, plusieurs années après l'achèvement des travaux, les indemnités destinées à couvrir les conséquences de ces dommages, éventuellement après répartition entre plusieurs constructeurs des montants des condamnations solidaires.

Ainsi, pour le maître d'ouvrage qui n'aura pas eu la vigilance soit d'attendre la levée totale des réserves avant d'établir le décompte général, soit de prévoir les sommes nécessaires à la reprise des réserves dans celui-ci (avec la difficulté majeure, au moins dans certains cas, d'en évaluer le montant), l'intervention du caractère définitif du décompte aura implicitement mais nécessairement pour effet de lever les réserves émises à la réception ou pendant le parfait achèvement ou, en tout cas, de les vider de toute substance, puisqu'il ne sera plus possible alors d'obtenir la condamnation pécuniaire de l'entrepreneur au titre de ces diverses réserves.

**Le Conseil d'État précise en effet que** ***« si le maître d'ouvrage notifie le décompte général d'un marché public de travaux alors même que des réserves relatives à l'état de l'ouvrage achevé n'ont pas été levées et qu'il n'est pas fait état des sommes correspondant à la réalisation des travaux nécessaires à la levée des réserves au sein de ce décompte, le caractère définitif de ce dernier a pour effet de lui interdire toute réclamation correspondant à ces sommes, même si un litige est en cours devant le juge administratif »*** **(CE, 20 mars 2013, Centre hospitalier de Versailles).**

La prudence consiste alors pour l'entreprise, face à un décompte général assorti de réserves, à présenter un mémoire en réclamation pour préserver ses droits. Ce mémoire pourra être dirigé contre le décompte notifié par le maître d'ouvrage.

# 3. Effets de la réception au regard de la responsabilité des constructeurs

## 3.1. L'absence de réception

La réception marque (sauf pour les réserves) la fin des rapports contractuels entre maître d'ouvrage et constructeurs, qui sont alors soumis à des garanties légales.

En l'absence de réception, **les garanties** – décennales, biennales ou de parfait achèvement – **ne peuvent être mises en œuvre**.

L'assurance obligatoire de responsabilité des constructeurs, qui ne couvre que les dommages de nature décennale, ne peut donc être mise en œuvre.

Seule peut alors jouer la responsabilité contractuelle de droit commun fondée sur l'article 1147 du Code civil. Les entrepreneurs sont, à ce titre, soumis à une obligation de résultat.

## 3.2. La réception assortie de réserves

### 3.2.1. Coexistence de la garantie de parfait achèvement et de la responsabilité contractuelle de droit commun sur les dommages réservés

Très longtemps, la réparation des dommages réservés n'était possible qu'au moyen de la garantie de parfait achèvement. L'existence de réserves à la réception imposait l'utilisation de la seule garantie de parfait achèvement de l'article 1792-6, deuxième alinéa, pour réparer les dommages ainsi réservés.

La jurisprudence a néanmoins évolué pour faire coexister la garantie de parfait achèvement et la responsabilité contractuelle de droit commun sur les dommages réservés. La Cour de cassation a en effet admis, par la suite, que les désordres réservés, et non réparés, relevaient de « *la responsabilité contractuelle de droit commun de l'architecte et de l'entrepreneur qui, avant la levée des réserves, subsiste concurremment avec la garantie de parfait achèvement due par l'entrepreneur* ».

La garantie de parfait achèvement est donc utilisable. Mais l'expiration de son délai de mise en œuvre n'emporte plus, en lui-même, décharge de la responsabilité de droit commun avant la levée des réserves.

La preuve de l'exécution des travaux nécessaires à la levée des réserves repose sur l'entrepreneur.

La garantie de l'article 1792-6 du Code civil, en revanche, a toujours été considérée comme compatible avec un maintien de la responsabilité de droit commun à l'égard des autres constructeurs, ainsi que pour la réparation des troubles de jouissance et autres chefs de préjudice non couverts par la garantie de parfait achèvement.

### 3.2.2. Possibilité d'utiliser les garanties décennale et biennale pour les désordres réservés s'aggravant par la suite

Le recours aux garanties décennales et biennales était, à l'origine, toujours exclu, même si les dommages réservés répondaient aux critères de ces garanties et même si les réserves n'étaient pas réparées au titre du parfait achèvement.

Une évolution jurisprudentielle s'est cependant produite. La Cour de cassation autorise, en effet, le maître d'ouvrage à demander à l'entrepreneur, sur le fondement de la garantie décennale, réparation des défauts qui, signalés à la réception, « *ne se sont révélés qu'ensuite dans leur ampleur et leurs conséquences* ».

### 3.2.3. Impossibilité d'utiliser les garanties décennale et biennale pour la réparation des autres désordres réservés

L'impossibilité d'utilisation des garanties décennale et biennale pour les dommages réservés demeure toutefois, sauf dans l'hypothèse mentionnée ci-dessus.

Elle interdit, corrélativement, l'utilisation de l'assurance de responsabilité obligatoire.

En revanche, l'assurance dommage peut couvrir les désordres réservés qui n'auraient pas été réparés dans le cadre de la garantie de parfait achèvement.

## 3.3. La réception sans réserves

### 3.3.1. À l'égard des désordres apparents

**La réception sans réserves couvre les vices et les défauts de conformité apparents.**

L'article 1792-6 ne peut être utilisé, faute de réserves, et, les dommages apparents ne pouvant être dénoncés postérieurement, le recours aux articles 1792 et 1792-3 est tout aussi exclu.

La cour a relevé que certaines prescriptions du cahier des clauses techniques particulières et de la note technique du mémoire justificatif du marché n'ont pas été respectées par le maître d'œuvre. De plus, ce dernier a accepté des prestations qui n'étaient pas satisfaisantes. Elle a également relevé que cette situation et la nature des remblais utilisés pour les tranchées des canalisations n'avaient fait l'objet d'aucune remarque, d'aucune réserve et d'aucun contrôle. La cour a estimé que le désordre en cause ainsi que ses conséquences auraient dû être perçus lors des opérations de réception, eu égard à l'absence de contrôle préalable au cours du chantier et que « *ledit désordre doit être regardé comme ayant été décelable à la date desdites opérations, alors même que les dommages causés par le percement des canalisations ne se sont pas produits immédiatement* ». Elle en a déduit que « *dans ces conditions, les désordres affectant la canalisation doivent être regardés comme ayant eu un caractère apparent faisant obstacle à l'engagement de la responsabilité* [du groupement titulaire du marché de travaux] *en application des principes dont s'inspirent les articles 1792 et 2270 du Code civil* » (CAA Bordeaux, 26 juillet 2012, Association syndicale autorisée de l'Aulouze).

Les dommages intermédiaires, relevant du droit commun, faute de porter atteinte à la destination ou à la solidité, sont souvent, eux aussi, couverts par l'absence de réserves.

Tout dommage (ou toute différence par rapport aux stipulations contractuelles) apparent à la réception doit donc être dénoncé à ce moment, faute de quoi il ne pourrait plus faire l'objet d'aucune réparation.

### 3.3.2. À l'égard de dommages non apparents

L'absence de réserves à la réception n'exclut pas la dénonciation postérieure des dommages et défauts de conformité non apparents.

La réception constituant le point de départ de toutes les garanties, le maître d'ouvrage aura donc le choix d'agir à leur encontre sur la base des articles 1792, 1792-3 ou 1792-6 s'il dénonce les dommages dans le délai d'un an.

Dans le cas contraire, si les désordres ne se manifestent que postérieurement à l'année suivant la réception, seules les garanties décennale et biennale sont utilisables pour les désordres répondant à leurs caractères, à l'exclusion de la responsabilité de droit commun.

# 4. Les étapes de la réception

## 4.1. Dans les marchés soumis à la norme NF P 03-001

### 4.1.1. La demande de réception

L'entrepreneur demande la réception par écrit au maître d'ouvrage **et** à l'architecte maître d'œuvre.

Cette demande est faite quand les travaux sont achevés ou s'ils sont sur le point de l'être.

À compter de la réception de cette demande, la visite de réception doit être fixée au plus tard dans les vingt jours et l'entrepreneur doit y être convoqué.

Dans ce cas, si l'entrepreneur n'assiste pas à la visite, son absence n'invalidera pas la réception.

En cas d'achèvement anticipé des travaux, le maître d'ouvrage et l'entrepreneur peuvent convenir d'avancer cette réception.

### 4.1.2. La visite de réception

Pendant la visite de réception, l'architecte maître d'œuvre conseille et assiste son client pour lui signaler telle ou telle malfaçon ou inexécution que seul un spécialiste peut déceler.

### 4.1.3. La décision du maître d'ouvrage privé

À l'issue de cette visite, le maître d'ouvrage prononce sa décision qui est soit :

- la réception **sans** réserves ;
- la réception **avec** réserves (+ la liste des réserves) ;
- le **refus** de réception.

### 4.1.4. Le procès-verbal de réception

L'architecte maître d'œuvre prépare le procès-verbal de réception ou de refus de réception.

Ce procès-verbal sera par la suite la preuve de la réception.

Ce procès-verbal doit préciser entre autres :

- les détails nécessaires à l'identification du marché ;
- les parties contractantes ;
- **la date d'achèvement des travaux valant date d'effet de la réception** ;
- les nom et qualité des signataires ;
- la décision prise, déclaration du maître d'ouvrage ;
- les réserves éventuelles faites par le maître d'ouvrage ;
- la date à laquelle ces réserves doivent être levées conformément au contrat ou à l'accord dégagé entre les parties.

Le procès-verbal de réception doit être signé par le maître d'ouvrage. La signature de l'entrepreneur n'est pas indispensable. Si ce cadre n'est pas respecté, aucune réception ne vaut, et aucun des effets de cette réception ne peut être tiré. **Un procès-verbal de réception signé de la seule entreprise titulaire n'a pas de valeur juridique** (CAA Nancy, 7 janvier 2008, Société Alsametz).

La signature du procès-verbal de réception par l'entrepreneur n'est pas obligatoire dès lors que sa participation à la réception ne fait pas de doute (Cass. 3e civ., 12 janvier 2011, Époux « s » c/ »y »).

### 4.1.5. L'inaction du maître d'ouvrage : réception sans réserves

Si le maître d'ouvrage ne fait pas connaître la date de la visite de réception dans les délais impartis, ou s'il ne se présente pas à celle-ci ou ne s'y fait pas représenter, l'entrepreneur peut – une fois expiré le délai maximum de vingt jours suivant sa demande de réception – le mettre en demeure par lettre recommandée AR de fixer la date de visite de réception dans le même délai (maximum vingt jours) (article 17.2.2.1.3 de la norme Afnor, édition décembre 2000).

Si le maître d'ouvrage ne fixe pas la date de visite (ou s'il ne se présente pas ou ne s'y fait pas représenter), l'entrepreneur fait constater par huissier de justice la carence du maître d'ouvrage et le lui fait signifier par exploit.

Le maître d'ouvrage dispose alors d'un délai de trente jours (à compter de la date de cette signification) pour faire connaître dans les mêmes formes sa décision à l'entrepreneur.

À défaut, la réception est réputée acquise sans réserves. La date d'effet de la réception est celle à laquelle le maître d'ouvrage a reçu la mise en demeure (prévue au premier alinéa).

## 4.2. Dans les marchés publics soumis au CCAG Travaux 2009

### 4.2.1. Les opérations préalables à la réception (OPR)

La réception est l'acte par lequel la collectivité déclare accepter la prestation, objet du ou des marchés passés. La phase de réception est très détaillée par le CCAG Travaux dans ses articles 41 et suivants, et comporte différentes étapes assorties d'un formalisme important, celui des opérations préalables à la réception (OPR) :

- l'initiative de la procédure d'OPR appartient à l'entreprise : l'entreprise avise le maître d'ouvrage et le maître d'œuvre par écrit de la date à laquelle elle estime que les travaux ont été ou seront achevés ;

- le maître d'œuvre convoque l'entreprise aux OPR ;
- le maître d'œuvre est tenu d'établir un procès-verbal sur le champ ;
- le maître d'ouvrage prend sa décision quant au prononcé de la réception.

#### *Les participants*

Le déroulement des OPR est marqué par le principe du contradictoire, ce qui suppose la présence de tous les intéressés à l'opération de construction. Le maître d'œuvre procède aux OPR dans le délai prévu ; l'autorité compétente de la collectivité, avisée par le maître d'œuvre de la date des OPR, peut y assister ou s'y faire représenter ; l'entreprise est naturellement convoquée, elle peut demander à ses sous-traitants d'y participer.

#### *Objet des OPR*

Après la demande écrite de réception faite par l'entrepreneur, le maître d'œuvre convoque l'entrepreneur (dans un délai de vingt jours) à une visite d'OPR. En pratique, il le fait au moyen de l'imprimé EXE 4 (voir « marchés publics/formulaires » sur le site economie.gouv.fr). Cette visite comporte :

- la reconnaissance des ouvrages exécutés ;
- la constatation éventuelle de l'inexécution des prestations ;
- la constatation de malfaçons s'il y a lieu ;
- la constatation du repli des installations de chantier et de la remise en état des terrains et des lieux ;
- les constatations relatives à l'achèvement des travaux.

#### *Carence du maître d'œuvre*

L'article 41.1.2 du CCAG Travaux 2009 prévoit un mécanisme permettant de pallier l'inertie du maître d'œuvre qui n'organiserait pas les OPR :

> *Dans le cas où **le maître d'œuvre n'a pas arrêté la date de ces opérations** dans le délai fixé, le titulaire en informe le représentant du **pouvoir adjudicateur** par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Celui-ci **fixe la date des opérations préalables à la réception**, au plus tard, dans les trente jours qui suivent la réception de la lettre adressée par le titulaire, et la notifie au titulaire et au maître d'œuvre.*

L'article 41.1.3 prévoit, quant à lui, une sanction pour le maître d'ouvrage qui ne fixerait pas de date de réception :

> ***À défaut de la fixation de cette date par le représentant du pouvoir adjudicateur**, la **réception** des travaux est **réputée acquise à l'expiration du délai de trente jours** susmentionné.*

#### *Le procès-verbal des OPR*

Les OPR font l'objet d'un procès-verbal **dressé sur-le-champ** par le maître d'œuvre et signé par le maître d'œuvre et l'entrepreneur. Si le titulaire refuse de signer le procès-verbal, il en est fait mention. **Un exemplaire est remis au titulaire**.

Ce procès-verbal d'OPR contient :

- la signature du maître d'œuvre et de l'entreprise ;

- la mention de la présence du maître d'ouvrage ou de son représentant ;
- la mention de l'absence de l'entreprise, le cas échéant ;
- la mention des réserves s'il y a lieu.

Un compte rendu de réception qui se borne à énoncer un certain nombre de réserves et qui n'a été signé par aucune partie, ne saurait être considéré comme un procès-verbal tel qu'exigé par le CCAG Travaux (CE, 10 février 1990, Commune de Languinic).

#### *Délai*

Dans les cinq jours suivant la date d'établissement du procès-verbal d'OPR, le maître d'œuvre fait connaître au maître d'ouvrage avec copie à l'entreprise sa proposition. En pratique, il le fait au moyen de l'imprimé EXE 5 (voir « marchés publics/formulaires » sur le site economie.gouv.fr). Il propose :

- de refuser la réception ;
- ou de prononcer la réception, avec ou sans réserves ;
- **la date d'achèvement des travaux qu'il a proposé de retenir,**
- et les réserves éventuelles assortissant la réception.

Dans le cas où le maître d'œuvre ne respecte pas le délai de cinq jours, le titulaire peut transmettre un exemplaire du procès-verbal au représentant du pouvoir adjudicateur, afin de lui permettre de prononcer la réception des travaux, le cas échéant (article 41.2 du CCAG).

#### *La décision du maître d'ouvrage*

Seul le maître d'ouvrage a qualité pour prononcer la réception.

Au vu du procès-verbal d'OPR et des propositions du maître d'œuvre, le maître d'ouvrage a le choix entre trois décisions :

- prononcer la réception **sans** réserves ;
- prononcer la réception **avec** réserves ;
- **refuser** la réception.

Si le maître d'ouvrage décide de prononcer la réception, il fixe la date qu'il retient pour l'achèvement des travaux. Il dispose alors de **trente jours** suivant la date du procès-verbal de réception pour notifier à l'entrepreneur sa décision. En pratique, il le fait au moyen des imprimés EXE 6 ou EXE 7 (voir « marchés publics/formulaires » sur le site economie.gouv.fr).

**À défaut de notification dans ce délai, les propositions du maître d'œuvre s'imposent au maître d'ouvrage et au titulaire** (article 41.3 du CCAG Travaux).

#### *Les textes : l'article 41 du CCAG Travaux 2009*

> *41.1. **Le titulaire avise, à la fois, le maître de l'ouvrage et le maître d'œuvre, par écrit,** de la date à laquelle il estime que les travaux ont été achevés ou le seront.*
> *Le **maître d'œuvre procède**, le titulaire ayant été convoqué, aux opérations préalables à la réception des ouvrages dans un délai qui est de vingt jours à compter de la date de réception de l'avis mentionné ci-dessus ou de la date indiquée dans cet avis pour l'achèvement des travaux, si cette dernière date est postérieure.*
> *41.1.1. Le représentant du pouvoir adjudicateur, avisé par le maître d'œuvre de la date de ces opérations, peut y assister ou s'y faire représenter. Le procès-verbal prévu à l'article 41.2 mentionne soit la présence du représentant du pouvoir adjudicateur, soit, en son absence, le fait que le maître d'œuvre l'avait avisé.*

*En cas d'absence du titulaire à ces opérations, il en est fait mention au procès-verbal qui lui est notifié.*

*41.1.2.* ***Dans le cas où le maître d'œuvre n'a pas arrêté la date de ces opérations dans le délai fixé, le titulaire en informe le représentant du pouvoir adjudicateur par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Celui-ci fixe la date des opérations préalables à la réception, au plus tard, dans les trente jours qui suivent la réception de la lettre adressée par le titulaire, et la notifie au titulaire et au maître d'œuvre*** *; il les informe également qu'il sera présent ou représenté à la date des constatations et assisté, s'il le juge utile, d'un expert, afin que puissent être mises en application les dispositions particulières suivantes :*

*– si le maître d'œuvre dûment convoqué n'est pas présent ou représenté à la date fixée, cette absence est constatée et les opérations préalables à la réception sont effectuées par le représentant du pouvoir adjudicateur et son assistant éventuel ;*

*– il en est de même si le maître d'œuvre présent ou représenté refuse de procéder à ces opérations.*

*41.1.3.* ***À défaut de la fixation de cette date par le représentant du pouvoir adjudicateur, la réception des travaux est réputée acquise à l'expiration du délai de trente jours*** *susmentionné.*

*Commentaires :*

***L'entrepreneur a un droit acquis à la réception, si les travaux achevés sont en état d'être reçus****. Au surplus, l'article 1792-6 alinéa 1 du Code civil dispose que la réception est prononcée « à la demande de la partie la plus diligente, soit à l'amiable, soit à défaut judiciairement ». L'inertie d'une des parties justifierait donc le recours au juge administratif, juge du contrat (Conseil d'État, SA Entreprises industrielles et de travaux publics, 31 mars 1954).*

*41.2. Les opérations préalables à la décision de réception comportent, en tant que de besoin :*

*– la reconnaissance des ouvrages exécutés ;*

*– les épreuves éventuellement prévues par le marché ;*

*– la constatation éventuelle de l'inexécution des prestations prévues au marché ;*

*– la vérification de la conformité des conditions de pose des équipements aux spécifications des fournisseurs conditionnant leur garantie ;*

*– la constatation éventuelle d'imperfections ou malfaçons ;*

*– la constatation du repliement des installations de chantier et de la remise en état des terrains et des lieux ;*

*– les constatations relatives à l'achèvement des travaux.*

***Ces opérations font l'objet d'un procès-verbal dressé sur-le-champ par le maître d'œuvre et signé par lui et par le titulaire****. Si le titulaire refuse de signer le procès-verbal, il en est fait mention.* ***Un exemplaire est remis au titulaire****.*

*Dans le délai de cinq jours suivant la date du procès-verbal, le maître d'œuvre fait connaître au titulaire s'il a ou non proposé au représentant du pouvoir adjudicateur de prononcer la réception des ouvrages et, dans l'affirmative, la date d'achèvement des travaux qu'il a proposé de retenir, ainsi que les réserves dont il a éventuellement proposé d'assortir la réception.*

***Dans le cas où le maître d'œuvre ne respecte pas le délai de cinq jours mentionné à l'alinéa précédent, le titulaire peut transmettre un exemplaire du procès-verbal au représentant du pouvoir adjudicateur, afin de lui permettre de prononcer la réception des travaux,*** *le cas échéant.*

*En cas d'application de l'article 41.1.2, le procès-verbal est établi et signé par le représentant du pouvoir adjudicateur qui le notifie au maître d'œuvre. Un exemplaire est remis au titulaire.*

*41.3. Au vu du procès-verbal des opérations préalables à la réception et des propositions du maître d'œuvre, le* ***maître de l'ouvrage décide si la réception est ou non prononcée*** *ou si elle est prononcée avec réserves. S'il prononce la réception, il fixe la date qu'il retient pour l'achèvement des travaux. La décision ainsi prise est notifiée au titulaire dans les trente jours suivant la date du procès-verbal.*

*La réception prend effet à la date fixée pour l'achèvement des travaux.*

*Sauf le cas prévu à l'article 41.1.3,* ***à défaut de décision du maître de l'ouvrage notifiée dans le délai*** *précisé ci-dessus, les* ***propositions du maître d'œuvre s'imposent au maître de l'ouvrage et au titulaire****.*

*41.4. Dans le cas où certaines épreuves doivent, conformément aux stipulations prévues par les documents particuliers du marché, être exécutées après une durée déterminée de service des ouvrages ou certaines périodes de l'année, la réception ne peut être prononcée que sous réserve de l'exécution concluante de ces épreuves.*

*Si de telles épreuves, exécutées pendant le délai de garantie défini à l'article 44.1, ne sont pas concluantes, la réception est rapportée.*

*41.5. S'il apparaît que certaines prestations prévues par les documents particuliers du marché et devant encore donner lieu à règlement n'ont pas été exécutées, le maître de l'ouvrage peut décider de prononcer la réception, sous réserve que le titulaire s'engage à exécuter ces prestations dans un délai qui n'excède pas trois mois. La constatation de l'exécution de ces prestations doit donner lieu à un procès-verbal dressé dans les mêmes conditions que le procès-verbal des opérations préalables à la réception prévu à l'article 41.2.*

*41.6.* ***Lorsque la réception est assortie de réserves, le titulaire doit remédier aux imperfections et malfaçons*** *correspondantes dans le délai fixé par le représentant du pouvoir adjudicateur ou, en l'absence d'un tel délai, trois mois avant l'expiration du délai de garantie défini à l'article 44.1.*
*Au cas où ces travaux ne seraient pas faits dans le délai prescrit, le maître de l'ouvrage peut les faire exécuter aux frais et risques du titulaire, après mise en demeure demeurée infructueuse.*

*41.7. Si certains ouvrages ou certaines parties d'ouvrages ne sont pas entièrement conformes aux spécifications du marché, sans que les imperfections constatées soient de nature à porter atteinte à la sécurité, au comportement ou à l'utilisation des ouvrages, le maître de l'ouvrage peut, eu égard à la faible importance des imperfections et aux difficultés que présenterait la mise en conformité, renoncer à ordonner la réfection des ouvrages estimés défectueux et proposer au titulaire une réfaction sur les prix. Si le titulaire accepte la réfaction, les imperfections qui l'ont motivée se trouvent couvertes de ce fait et la réception est prononcée sans réserve.*
*Dans le cas contraire, le titulaire demeure tenu de réparer ces imperfections, la réception étant prononcée sous réserve de leur réparation.*

*41.8.* ***Toute prise de possession des ouvrages par le maître de l'ouvrage doit être précédée de leur réception.***
*Toutefois, s'il y a urgence, la prise de possession peut intervenir antérieurement à la réception, sous réserve de l'établissement préalable d'un état des lieux contradictoire.*

### En résumé

Dans les marchés publics, le CCAG Travaux de 2009 organise la réception en deux phases *:* les OPR (opérations préalables à la réception), puis la décision du représentant du pouvoir adjudicateur.

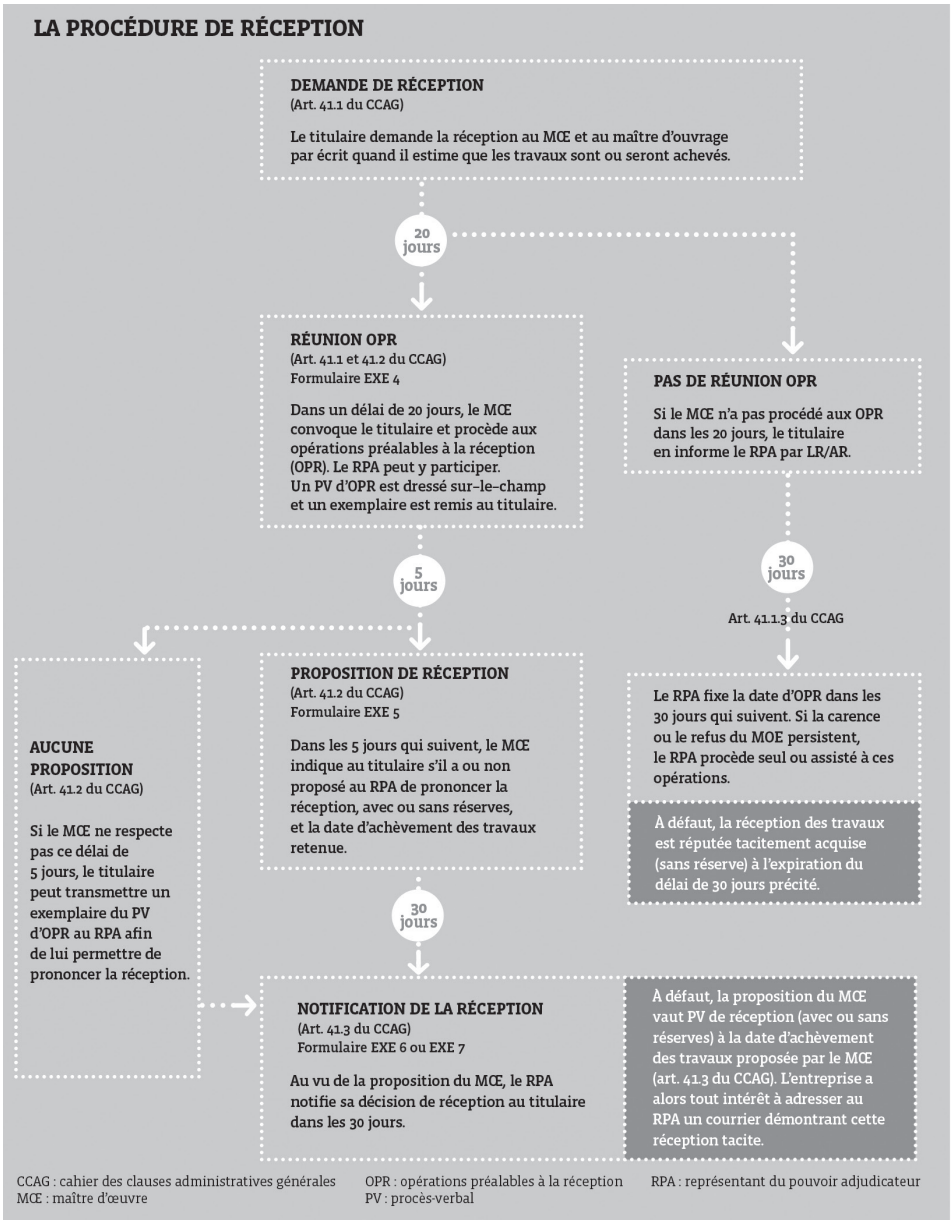
Mais, en cas de carence du maître d'œuvre et/ou du maître de l'ouvrage, à l'expiration des délais qui leur sont impartis, la réception est *« réputée acquise »*. En d'autres termes, le titulaire bénéficie alors d'une réception tacite.

### 4.2.2. Le cas particulier de la réception partielle

Deux situations peuvent aboutir à une réception partielle, selon le CCAG Travaux :

- **Stipulation explicite du marché**. La réception partielle peut intervenir lorsque le marché a prévu pour une tranche de travaux, un ouvrage ou une partie d'ouvrage, un délai d'exécution distinct du délai global d'exécution de l'ensemble des travaux. Les modalités de la réception partielle sont alors les mêmes qu'une réception expresse globale (art. 42.1. du CCAG).
- **Prise de possession**. La réception partielle peut également intervenir si le maître d'ouvrage décide de prendre possession, avant l'achèvement des travaux, de certains ouvrages ou parties d'ouvrage. Dans ce cas, les conditions de prise de possession ont été le plus souvent prévues par le cahier des clauses administratives particulières (CCAP), ou le sont par le maître d'ouvrage en cours d'opération. **Figure nécessairement, au titre des conditions, l'établissement d'un état des lieux contradictoire** (art. 42.2 du CCAG).

**Dans tous les cas**, une réception partielle n'est envisageable que lorsqu'elle porte sur une partie dissociable de l'ouvrage (*a contrario* CCA Bordeaux, 27 décembre 1990, Société SMAC Aciéroïd).


LA PROCÉDURE DE RÉCEPTION
DEMANDE DE RÉCEPTION
(Art. 41.1 du CCAG)
Le titulaire demande la réception au MŒ et au maître d'ouvrage par écrit quand il estime que les travaux sont ou seront achevés.
20 jours
RÉUNION OPR
(Art. 41.1 et 41.2 du CCAG)
Formulaire EXE 4
Dans un délai de 20 jours, le MŒ convoque le titulaire et procède aux opérations préalables à la réception (OPR). Le RPA peut y participer.
Un PV d'OPR est dressé sur-le-champ et un exemplaire est remis au titulaire.
PAS DE RÉUNION OPR
Si le MŒ n'a pas procédé aux OPR dans les 20 jours, le titulaire en informe le RPA par LR/AR.
5 jours
30 jours
Art. 41.1.3 du CCAG
AUCUNE PROPOSITION
(Art. 41.2 du CCAG)
Si le MŒ ne respecte pas ce délai de 5 jours, le titulaire peut transmettre un exemplaire du PV d'OPR au RPA afin de lui permettre de prononcer la réception.
PROPOSITION DE RÉCEPTION
(Art. 41.2 du CCAG)
Formulaire EXE 5
Dans les 5 jours qui suivent, le MŒ indique au titulaire s'il a ou non proposé au RPA de prononcer la réception, avec ou sans réserves, et la date d'achèvement des travaux retenue.
Le RPA fixe la date d'OPR dans les 30 jours qui suivent. Si la carence ou le refus du MOE persistent, le RPA procède seul ou assisté à ces opérations.
À défaut, la réception des travaux est réputée tacitement acquise (sans réserve) à l'expiration du délai de 30 jours précité.
30 jours
NOTIFICATION DE LA RÉCEPTION
(Art. 41.3 du CCAG)
Formulaire EXE 6 ou EXE 7
Au vu de la proposition du MŒ, le RPA notifie sa décision de réception au titulaire dans les 30 jours.
À défaut, la proposition du MŒ vaut PV de réception (avec ou sans réserves) à la date d'achèvement des travaux proposée par le MŒ (art. 41.3 du CCAG). L'entreprise a alors tout intérêt à adresser au RPA un courrier démontrant cette réception tacite.
CCAG : cahier des clauses administratives générales
MŒ : maître d'œuvre
OPR : opérations préalables à la réception
PV : procès-verbal
RPA : représentant du pouvoir adjudicateur

La réception partielle, lorsqu'elle est prononcée, va avoir plusieurs effets. C'est le point de départ du délai de garantie contractuelle. C'est également le point de départ des responsabilités. Mais la réception partielle n'a pas d'incidence sur le décompte général, qui est unique pour l'ensemble des

travaux. La réception partielle n'a pas non plus d'effet sur la libération des sûretés (retenue de garantie, caution, garantie à première demande) qui ne seront libérées que dans l'année qui suit la dernière réception (art. 42.3 à 42.5 du CCAG Travaux).

### 4.2.3. Le cas particulier de la mise à disposition

La mise à disposition ne doit pas être confondue avec la prise de possession évoquée précédemment.

Le CCAG Travaux permet d'organiser une « mise à disposition », dans son article 43, qui se distingue d'une réception partielle et d'une prise de possession.

Il s'agit d'une possibilité offerte au maître d'ouvrage qui peut demander à l'entreprise, et alors même que les travaux ne seraient pas achevés, de lui mettre à disposition certains ouvrages ou parties d'ouvrage, notamment lorsque cela est nécessaire pour faire effectuer des travaux sur l'ouvrage par une autre entreprise.

**Obligation de deux états contradictoires**. Toute mise à disposition nécessite d'établir avec l'entreprise concernée un état contradictoire de l'ouvrage.

Un état contradictoire doit impérativement être effectué **avant** la mise à disposition et l'intervention d'une entreprise tierce, **et après** intervention de l'entreprise tierce. Ces deux états sont indispensables, car ils permettront de déterminer les parts de responsabilité le cas échéant en cas de désordre à l'ouvrage, et à l'occasion de la réception de l'ouvrage, si le maître d'ouvrage décidait de réceptionner avec réserves.

Pendant cette période, l'entreprise a le droit de suivre les travaux non compris dans son marché et qui intéressent les ouvrages ou parties d'ouvrage qu'elle a réalisés et qu'elle a ainsi mis à disposition du maître d'ouvrage.

L'entreprise peut à ce titre formuler des réserves si elle estime que les caractéristiques de l'ouvrage ne permettent pas ces travaux, ou que lesdits travaux risquent de les détériorer. Ces réserves doivent être motivées et adressées par écrit au maître d'œuvre.

# 5. Le refus de réception et les réserves à la réception

## 5.1. Le refus de réception

**Le maître d'ouvrage est en droit de refuser la réception en raison de l'inachèvement des travaux ou de leur non-conformité aux dispositions du contrat.**

Un refus ne peut être justifié que par un inachèvement des travaux, ou de très graves malfaçons équivalant à un inachèvement et rendant l'ouvrage inhabitable ou inutilisable.

Le refus doit être motivé par écrit dans le procès-verbal.

Le refus injustifié de réception doit conduire l'entrepreneur à envisager une réception prononcée judiciairement. Dans ce cas, le juge se substitue au maître d'ouvrage défaillant et la prononce à sa place, le cas échéant avec réserves, et ce à la date d'achèvement des travaux.

**Seul le juge du fond est compétent en la matière** ; le recours au référé n'est pas admis. Le magistrat, si l'entrepreneur apporte la preuve que l'ouvrage était effectivement en état d'être

reçu, prononce lui-même la réception des travaux, éventuellement assortie de réserves, à une date qu'il fixe (souvent la date à partir de laquelle l'immeuble était devenu habitable).

## 5.2. Les réserves à la réception

### 5.2.1. Remédier aux réserves dans le délai contractuel

Suite au procès-verbal de réception, et en cas de réserves émises, l'entrepreneur doit remédier aux réserves formulées, dans le délai convenu, sous peine de sanctions graves :

- l'exécution aux frais et risques de l'entrepreneur défaillant des travaux concernés ;
- après mise en demeure restée infructueuse.

Le délai imparti à l'entrepreneur doit être court pour éviter que les dégradations ultérieures lui soient imputées.

Si le délai de reprise n'a pas été convenu contractuellement, il est de soixante jours à compter de la réception du procès-verbal dans les marchés privés soumis à la norme Afnor NF P 03-001 (art. 17.2.5.2, édition de décembre 2000), et de neuf mois maximum dans les marchés publics soumis au CCAG Travaux 2009.

L'article 41.6 du CCAG Travaux 2009 est ainsi rédigé :

> *Lorsque la réception est assortie de réserves, l'entrepreneur doit remédier aux imperfections et malfaçons correspondantes dans le délai fixé par le représentant du pouvoir adjudicateur ou, en l'absence d'un tel délai, trois mois avant l'expiration du délai de garantie [de parfait achèvement].*
> *Au cas où ces travaux ne seraient pas faits dans le délai prescrit, le maître d'ouvrage peut* ***les faire exécuter aux frais et risques*** *du titulaire, après une mise en demeure demeurée infructueuse.*

**Les pénalités de retard sont inapplicables aux travaux de levée des réserves postérieurs à la réception**. La sanction n'est donc ni la résiliation du marché ni l'application des pénalités de retard prévues au marché pour non-respect du délai d'exécution, mais **une sanction spécifique : l'exécution aux frais et risques**. C'est ce que décide la cour d'appel de Lyon : « *Les pénalités de retard ne s'appliquent que jusqu'à la livraison de l'ouvrage constatée par la réception. La reprise des malfaçons réservées à la réception obéit à un régime de sanction spécifique, organisé par l'article 41-6 du CCAG, qu'il incombe à la personne responsable du marché de mettre en œuvre et qui, de ce fait, ne saurait se cumuler avec les pénalités de retard* » (CAA Lyon, 11 décembre 2008, SARL Terrenoire).

**Le paiement de la retenue de garantie emporte levée des réserves de la réception** : « *Attendu que pour déclarer ces sociétés responsables contractuellement des désordres acoustiques affectant le restaurant, l'arrêt retient que des courriers établissent que, pour la société Hôtel de France, le restaurant était achevé et en état d'*être reçu, mais que s*'il y avait bien eu réception tacite au 25 septembre 2008, celle-ci s'*était accompagnée de réserves sur les problèmes acoustiques, mentionnés dans un courriel du 16 *septembre 2008* ;

*Qu'en statuant ainsi, sans rechercher, comme il le lui était demandé, si compte tenu de la rédaction du contrat du 11 avril 2008 et de la facture du 3 septembre 2008, le paiement effectif des 5 % correspondant au solde du prix, effectué le 25 septembre 2008, emportait levée des réserves, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* » (Cass. 3e civ., 5 novembre 2013).

### 5.2.2. Comment remédier aux réserves ?

Une fois les travaux imposés par les réserves achevés, celles-ci peuvent être levées.

Cela ne prive pas le maître d'ouvrage de la faculté de signaler d'autres désordres jusqu'à la fin de la garantie de parfait achèvement (soit un an après la réception).

Les modalités de la levée de réserves ne sont pas détaillées par la loi, qui dispose simplement que l'exécution des travaux faisant l'objet des réserves doit être constatée d'un commun accord ou, à défaut, judiciairement.

> *Au cas où ces travaux ne seraient pas faits dans le délai prescrit, le maître d'ouvrage peut* ***les faire exécuter aux frais et risques*** *du titulaire, après une mise en demeure demeurée infructueuse.*

La norme NF P 03-001 est plus précise. Dans son article 17.2.5, elle dispose que l'entrepreneur, immédiatement après leur achèvement, doit par lettre recommandée AR demander la levée des réserves.

***Modèle de procès-verbal de réception – État des réserves – Constat de levées des réserves***

Je soussigné .....

Maître de l'ouvrage, après avoir procédé à la visite des travaux exécutés par…… au titre du marché en date du …… relatif à ……

en présence du représentant de (nom de l'entreprise)

.....

.....

déclare que :

(*) – la réception est prononcée sans réserve avec effet en date du ……

(*) – la réception est prononcée avec effet à la date du …… assortie des réserves mentionnées dans l'état sous-énoncé.

FAIT À ……. LE……

En trois exemplaires

Signé (le Maître de l'ouvrage)

(*) Rayer la mention inutile.

**ÉTAT DES RÉSERVES**

Nature des réserves — Travaux à exécuter

L'entreprise et le Maître de l'ouvrage conviennent que les travaux nécessités par les réserves ci-dessus seront exécutés dans un délai global de …… à compter de ce jour.

FAIT À ……. LE……

L'entrepreneur : — Le Maître de l'ouvrage

**CONSTAT DE LEVÉE DES RÉSERVES**

Le Maître de l'ouvrage et l'Entreprise, ci-dessus désignés, constatent qu'il a été valablement remédié aux malfaçons, omissions et imperfections concernées.

FAIT À ……. LE……

L'entrepreneur : — Le Maître de l'ouvrage

# 6. Conditions de la réception tacite

## 6.1. Dans les marchés publics

### 6.1.1. Conditions

L'article 1792-6 du Code civil, issu de la loi du 4 janvier 1978 sur l'assurance construction, a consacré la réception expresse avec procès-verbal comme le mode normal de réception.

Cependant, la réception tacite par simple prise de possession par le maître d'ouvrage n'est pas exclue par la jurisprudence.

**Cette situation de fait exige cependant quelques conditions pour démontrer la *volonté non équivoque du maître d'ouvrage de recevoir les travaux***, et notamment :

- une prise de possession du maître d'ouvrage ;
- sans formuler de réserve à l'achèvement ;
- la réception tacite ne peut marquer le point de départ du délai décennal que si elle est antérieure à la réception expresse de l'ouvrage ;
- la réception tacite ne doit pas avoir été écartée par les dispositions contractuelles (Cass. 3e civ., 31 janvier 2007, MAF c/ commune de Rouen) ;
- au moment de la prise de possession, les travaux doivent être achevés et en état d'être reçus ;
- la réception tacite implique l'exécution des équipements indispensables à l'utilisation de l'immeuble et une prise de possession sans réserves (Cass. 3e civ., 20 juin 2007, Syndicat de copropriété c/ GAN) ;
- le maître d'ouvrage doit avoir réglé le solde du marché et restitué la retenue de garantie.

### 6.1.2. Date d'effet

**L'ouvrage doit avoir fait l'objet d'une prise de possession effective, ce que le juge apprécie souverainement** (CE, 17 mars 1999, Société d'équipement de Toulouse Midi-Pyrénées). Le juge, alors même que le maître d'ouvrage a pris possession d'un ouvrage, décide que, compte tenu de l'importance des désordres constatés à cette date et des travaux nécessaires pour la reprise des malfaçons, le maître d'ouvrage n'a pas eu l'intention de procéder à la réception tacite (CAA Nantes, 2 décembre 1998, Ville de Cabourg).

En aucun cas, il n'y a de réception tacite dès lors qu'aucune demande n'a été formulée dans ce sens par l'entreprise, et alors même que le maître d'ouvrage a pris possession de l'ouvrage (CE, 3 mai 1989, Président du Sénat).

**Pas réception tacite, lorsque le maître d'ouvrage a clairement et publiquement manifesté son refus de prononcer la réception de l'ouvrage**. « *Considérant qu'après avoir relevé dans le cadre de son pouvoir souverain d'appréciation que la commune de Fleury-d'Aude avait manifesté clairement et publiquement son refus de procéder à la réception de l'ouvrage à l'occasion de la réunion organisée le 22 décembre 1989 avec l'ensemble des intervenants concernés, la cour administrative d'appel a pu sans erreur de droit en déduire qu'en raison du désaccord ainsi exprimé, l'absence d'information postérieure de la part du maître d'ouvrage délégué n'avait pu valoir réception tacite de l'ouvrage en application de l'article 41-3 du CCAG Travaux et écarter pour ce motif le moyen présenté par la société Jacques Rougerie tiré de ce que sa responsabilité contractuelle ne pouvait plus être engagée compte tenu de la réception définitive de l'ouvrage* » (CE, 6 février 2009, Société Jacques Rougerie).

## 6.2. Dans les marchés privés

L'article 1792-6 du Code civil, issu de la loi du 4 janvier 1978 sur l'assurance construction, a consacré la réception expresse avec procès-verbal comme le mode normal de réception.

Il n'a pas exclu cependant la réception tacite par simple prise de possession par le maître d'ouvrage, mais la jurisprudence exige que soit démontrée la volonté non équivoque du maître d'ouvrage de recevoir l'ouvrage.

**La réception peut être tacite, par simple prise de possession des lieux**. Dès lors qu'elle a constaté que le maître d'ouvrage avait pris possession de l'ouvrage, qu'il n'avait pas formulé de réserve à l'achèvement, qu'il avait payé intégralement le prix, y compris la retenue légale de garantie, la cour d'appel aurait dû admettre la réception tacite (Cass. 3e civ., 28 mars 2001, Société Winterthur c/ Chaisemarti).

La prise de possession, sans réserves, par un maître d'ouvrage, également maître d'œuvre, qui a procédé à la déclaration d'achèvement et a livré les appartements alors qu'aucune discussion n'existe sur le règlement effectif du marché, caractérise la réception tacite (Cass. 3e civ., 14 mars 2001, MAAF c/ GAN Assurances et autres).

**La jurisprudence exige que soit démontrée *la volonté non équivoque du maître d'ouvrage de recevoir l'ouvrage***.

Elle exige donc :

- un achèvement de l'ouvrage (Cass. 3e civ., 22 mai 1997) ;
- une acceptation par le maître d'ouvrage, en dehors de toute contrainte économique ou familiale (Cass. 1re civ., 5 décembre 2000) ;
- la remise de nombreux documents ou éléments de preuve établissant la prise de possession : abonnements aux services publics, témoignages de voisins, etc. ;
- des travaux achevés et en état d'être reçus au moment de la prise de possession ;
- l'exécution des équipements indispensables à l'utilisation de l'immeuble et une prise de possession sans réserves (Cass. 3e civ., 20 juin 2007, Syndicat de copropriété c/ GAN) ;
- l'absence de refus de paiement et de désordres importants (Cass. 3e civ., 24 mars 2009, Groupama d'Oc et autres c/ époux Z) ;
- la réception tacite ne doit pas avoir été écartée par les dispositions contractuelles (Cass. 3e civ., 31 janvier 2007, MAF c/ commune de Rouen).

**Plus récemment, il a été jugé que :**

- la prise de possession des lieux sans réserves et le paiement intégral des travaux sont suffisants à caractériser la volonté non équivoque du maître d'ouvrage de réceptionner les travaux (CA Toulouse, 7 juin 2010) ;
- l'absence de contestation du « décompte final des travaux exécutés » et la prise de possession sans faire état de désordres manifestent une volonté non équivoque d'accepter les travaux (Cass. 3e civ., 5 juillet 2011) ;
- la prise de possession assortie du paiement de près de 95 % du montant du marché et la décision du maître d'ouvrage de charger d'autres entreprises des travaux les plus urgents valent réception tacite (Cass. 3e civ., 16 novembre 2011) ;
- le juge qui constate la réception tacite doit en préciser la date (Cass. 3e civ., 30 mars 2011) et contrôler son caractère contradictoire, mais il n'est pas nécessaire que le jour de la réception soit indiqué : il suffit que la date puisse être déterminée avec une précision suffisante,

comme « début juillet 1997 », pour vérifier que l'action en garantie a bien été exercée dans les délais légaux (Cass. 3e civ., 23 mai 2012).

**La réception, même tacite, marque le point de départ de la garantie décennale**. Le marché stipulait que « la garantie décennale ne s'applique que s'il y a eu réception des travaux corroborée par un procès-verbal ». Or aucun procès-verbal de réception n'a été établi. Le Conseil d'État considère que la clause du marché conditionnant l'application de la garantie décennale à l'établissement d'un procès-verbal de réception était illégale, car la réception des travaux peut être prononcée tacitement par le maître d'ouvrage (Cass. 3e civ., 25 juin 2014).

**Mais la réception tacite ne peut être caractérisée** :

- par le paiement de l'essentiel du coût des travaux de gros œuvre qui n'est pas, à lui seul, de nature à établir la volonté de recevoir tacitement les travaux (Cass. 3e civ., 5 mai 2009) ;
- en cas de refus de s'acquitter du solde des travaux (Cass. 3e civ., 24 mars 2009) ;
- en l'absence de justification d'un relevé des travaux exécutés (Cass. 3e civ., 21 septembre 2011) ;
- même en cas de prise de possession des travaux, lorsque le maître d'ouvrage se plaint de malfaçons et qu'il refuse de payer le solde de la facture de travaux (Cass. 3e civ., 29 novembre 2011).

**En conclusion**, il est préférable de veiller, dans tous les cas, à obtenir dans les meilleurs délais une réception expresse :

- soit à l'amiable soit judiciairement ;
- même si le maître d'ouvrage souhaite occuper les lieux totalement ou partiellement.

# 7. Divers

## 7.1. La réception judiciaire

Contrairement à la réception tacite, qui est une réception implicite des travaux par le maître d'ouvrage, la réception judiciaire interviendra lorsque le maître d'ouvrage aura formellement refusé de recevoir l'ouvrage.

Le juge ne peut pas d'office fixer la réception, il faut que cela lui soit demandé.

Il doit constater que l'immeuble était habitable à la date où il fixe la réception.

Le juge peut prononcer la réception avec réserves.

L'assureur dommage ouvrage n'a pas qualité pour solliciter la fixation de la date de la réception judiciaire, puisqu'il n'est pas partie à la réception.

La réception judiciaire peut être fixée à la date de prise de possession, même si les travaux ne sont pas achevés, dès lors que la villa était en état d'être habitée (Cass. 3e civ., 20 novembre 2007, Mme Z c/ société Aréas).

L'achèvement des travaux n'est pas une condition de la réception. Le juge saisi d'une demande de prononcé de réception judiciaire doit rechercher la date à laquelle l'immeuble était en état d'être habité (Cass. 3e civ., 20 septembre 2011 et 29 novembre 2011).

Ne peut être prononcée la réception judiciaire dès lors que l'immeuble ne pouvait être mis en service et n'était pas en état d'être reçu en raison des désordres affectant sa solidité et

compromettant non seulement sa destination mais également sa pérennité (Cass. 3e civ., 11 janvier 2012).

## 7.2. Les caractéristiques de la garantie de parfait achèvement

### 7.2.1. Sa définition

La garantie de parfait achèvement, à laquelle l'entrepreneur est tenu pendant un délai d'un an, à compter de la réception, s'étend à la réparation de tous les désordres signalés par le maître de l'ouvrage, soit au moyen de réserves mentionnées au procès-verbal de réception, soit par voie de notification écrite pour ceux révélés postérieurement à la réception.

Les délais nécessaires à l'exécution des travaux de réparation sont fixés d'un commun accord par le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur concerné. En l'absence d'un tel accord ou en cas d'inexécution dans le délai fixé, les travaux peuvent, après mise en demeure restée infructueuse, être exécutés aux frais et risques de l'entrepreneur défaillant.

L'exécution des travaux exigés au titre de la garantie de parfait achèvement est constatée d'un commun accord, ou, à défaut, judiciairement.

La garantie ne s'étend pas aux travaux nécessaires pour remédier aux effets de l'usure normale ou de l'usage (article 1792-6 du Code civil).

### 7.2.2. Son objet

Le titulaire d'un marché de travaux est tenu de réparer les désordres affectant l'ouvrage dont la construction lui a été confiée par le maître d'ouvrage. La garantie de parfait achèvement est d'ordre public. Elle ne concerne que l'entrepreneur. Elle est régie par les articles 1792-5 et 1792-6 du Code civil et articles 41 et 44 du CCAG Travaux 2009.

### 7.2.3. Les désordres couverts par la GPA

La garantie s'étend à la réparation de tous les désordres signalés par le maître d'ouvrage, soit au moyen de réserves mentionnées au procès-verbal de réception, soit par voie de notification écrite pour ceux révélés postérieurement à la réception. Sont concernés toutes les atteintes objectives à l'ouvrage et à ses éléments, tous les dommages, défauts, avaries, et toutes les non-conformités tant aux règles de l'art qu'aux prescriptions contractuelles.

La gravité des désordres est indifférente. Il peut aussi bien s'agir de petits désordres sans graves conséquences que de désordres rendant l'ouvrage impropre à sa destination, ou compromettant la solidité de celui-ci ou de l'un de ses éléments d'équipement faisant indissociablement corps avec les ouvrages de viabilité, de fondation, d'ossature, de clos ou de couvert, ou affectant les autres éléments d'équipement, dès lors que lesdits désordres sont apparents à la réception – les garanties décennale et biennale ne s'appliquant qu'aux désordres cachés – ou apparaissent dans l'année de celle-ci – les garanties décennale et biennale étant cumulables avec la garantie de parfait achèvement.

La garantie de parfait achèvement ne couvre ni les désordres apparents lors de la réception de l'ouvrage qui n'ont pas fait l'objet de réserves, ni les désordres apparents lors de la réception de l'ouvrage qui ont fait l'objet de réserves, par la suite levées avec effet rétroactif.

Les désordres causés par l'usage ou l'usure normale de l'ouvrage à la suite de sa réception ne sont pas davantage couverts par la garantie de parfait achèvement.

Le maître d'ouvrage peut mettre en œuvre la garantie de parfait achèvement si les désordres affectant l'ouvrage sont directement imputables, partiellement ou entièrement, à des manquements du titulaire du marché à ses obligations contractuelles.

### 7.2.4. Délai

Le délai de la garantie de parfait achèvement est d'un an à compter de la date d'effet de la réception ou de six mois à compter de cette date si le marché ne concerne que des travaux d'entretien ou de terrassement. Ce délai est un délai de prescription qui ne peut donc pas être prorogé même s'il expire un samedi, un dimanche, un jour férié ou chômé.

Pour les ouvrages ou parties d'ouvrage ayant fait l'objet d'une réception partielle, le point de départ du délai de la garantie de parfait achèvement est la date d'effet de cette réception partielle.

Les CCAP peuvent prévoir un délai qui peut excéder la durée d'un an.

### 7.2.5. Obligations du titulaire

Le titulaire du marché a l'obligation d'exécuter tous les travaux nécessaires aux fins de réparer les désordres couverts par la garantie de parfait achèvement conformément aux règles de l'art. Ces travaux sont exécutés à ses frais.

Le titulaire du marché est également tenu de réparer tous les préjudices causés du fait des désordres couverts par la garantie de parfait achèvement qui lui sont imputables, tels que les troubles de jouissance subis par le maître d'ouvrage ou des tiers.

### 7.2.6. Mise en demeure et exécution aux frais et risques

Si le titulaire ne répare pas les désordres couverts par la garantie de parfait achèvement, le maître d'ouvrage le met en demeure d'exécuter les travaux ; et si cette mise en demeure reste infructueuse, il peut faire exécuter ces travaux aux frais et risques de l'entrepreneur.

### 7.2.7. Constat de l'exécution des travaux

Il ne faut pas oublier de faire constater l'exécution des travaux effectués au titre de la garantie de parfait achèvement, soit d'un commun accord entre les parties au marché, soit judiciairement conformément à l'article 1792-6 du Code civil.

L'expiration du délai de la garantie de parfait achèvement met fin aux relations contractuelles entre le maître d'ouvrage et le titulaire du marché en tant qu'elles concernent la réalisation de l'ouvrage, et les sûretés éventuellement constituées (retenue de garantie, caution ou garantie à première demande) sont libérées.

Les marchés publics soumis au CCAG Travaux bénéficient d'une garantie de parfait achèvement (article 44). Elle oblige le constructeur à remédier aux désordres signalés dans ce délai afin de rendre l'ouvrage conforme aux prévisions du marché. Dans un arrêt du 29 septembre 2014, le Conseil d'État précise quelle doit être l'étendue de l'indemnisation du préjudice subi.

*Attention !*

Depuis l'arrêt « MAS » (CE, 26 janvier 2007), **les relations contractuelles entre le maître d'ouvrage et l'entreprise se poursuivent** non seulement pendant le délai de garantie de parfait achèvement, mais surtout **jusqu'à la levée expresse des réserves exprimées à la réception**.

En d'autres termes, **la fin de la garantie de parfait achèvement ne suffit pas** à mettre un terme à la relation contractuelle des constructeurs vis-à-vis du maître d'ouvrage **si les réserves émises lors de la réception des travaux n'ont pas été expressément levées**, et ce sans décision expresse de prolongation du délai de parfait achèvement par la personne responsable du marché (contrairement à l'article 44.2 du CCAG Travaux 1976) (CE, 26 janvier 2007, MAS).

Il n'y a donc pas de levée tacite des réserves prononcées lors de la réception.

Le choix opéré par le Conseil d'État a des conséquences sur les assureurs de responsabilité obligatoire. En effet, dans la mesure où les juges considèrent que la responsabilité contractuelle est maintenue, cela signifie que la garantie légale n'a pas à intervenir pour les désordres réservés à la réception, seul l'entrepreneur étant susceptible d'être mis à contribution par le maître d'ouvrage (CAA Lyon, 21 décembre 2000, Société Beteralp).

## 7.3. En résumé

Il est donc préférable de :

- toujours demander la réception ;
- toujours obtenir un procès-verbal signé et daté ;
- faire signer le procès-verbal par le maître d'ouvrage ;
- vérifier que le procès-verbal comporte une date d'effet de la réception.

Réceptionner les travaux n'exige pas forcément que l'ouvrage soit parfaitement achevé. En effet, de menues finitions ou même des imperfections ne sont pas un obstacle à la réception, qui en ce cas, est prononcée avec réserves.

La demande de réception et la demande de paiement du solde sont deux opérations différentes.

La réception constate que les ouvrages ont été bien exécutés. Elle « *met fin aux rapports contractuels entre le maître d'ouvrage et les constructeurs en ce qui concerne* ***la réalisation de l'ouvrage*** ». **Elle reste sans effet sur « *les droits et obligations financiers nés de l'exécution du marché*,** *à raison notamment de retards ou de travaux supplémentaires* », la détermination de ces droits et obligations financiers intervenant « ***définitivement lors de l'établissement du solde du décompte définitif*** ».

Le décompte général arrête le montant total des sommes que l'entrepreneur estime lui être dues à ce titre.

Il peut arriver qu'il y ait accord sur la qualité des travaux et désaccord sur leur montant. Aussi le maître d'ouvrage ne doit-il pas prendre pour prétexte le désaccord sur le montant des travaux pour ne pas les réceptionner.

Attention, enfin, à toujours obtenir un procès-verbal de levée des réserves.

12

# Le paiement des marchés

## 1. Le paiement des marchés publics soumis au Code des marchés publics et au CCAG Travaux 2009

*Rappel*

Le CCAG (cahier des clauses administratives générales) Travaux 2009 s'applique lorsqu'il est prévu comme pièce contractuelle dans le marché.

### 1.1. Le respect des règles de la dépense publique et du financement préalable

Les marchés publics sont soumis aux règles de la dépense publique et doivent être financés avant que les entreprises ne soient mises en concurrence.

#### 1.1.1. Les marchés publics sont soumis aux règles de la dépense publique

Le principe de séparation de l'ordonnateur et du comptable public interdit aux élus et aux agents publics de manipuler des fonds. Les fonds ne peuvent, en effet, être versés aux entreprises que par le comptable.

**Les ordonnateurs sont** :

- le maire, le président du conseil général ou régional… ;
- les ministres, les préfets, les directeurs départementaux…

**Les comptables sont** :

- les trésoriers payeurs généraux, les agents comptables des établissements publics… ;

- les comptables des régions et départements, les receveurs…

Le principe d'autorisation budgétaire prescrit que toute dépense publique doit être préalablement adoptée dans le budget de la collectivité.

**Quatre phases essentielles doivent être respectées :**

- **l'engagement**, par lequel l'Administration crée à son encontre une obligation, celle de payer ultérieurement le titulaire du marché. Pour cela, elle bloque dans son budget les crédits correspondant au montant du marché ;
- **la liquidation**, qui permet de s'assurer que les prestations commandées ont été réalisées et que la facture de l'entreprise ne comporte pas d'erreur ;
- **le mandatement**, qui est l'ordre donné au comptable de payer l'entreprise ;
- **le paiement**, qui est l'émission du titre de versement des fonds au bénéfice de l'entreprise.

Les responsabilités de l'ordonnateur et du comptable ne sont pas les mêmes.

L'ordonnateur est chargé d'engager, de liquider et de mandater les sommes dues aux entreprises.

Le comptable assure le paiement de l'entreprise sur ordre de l'ordonnateur. Il est responsable sur ses biens personnels des erreurs qu'il commet. Ses comptes sont régulièrement contrôlés par les chambres régionales et la Cour des comptes.

Ainsi, l'ordonnateur décide de l'opportunité de réaliser une prestation ou une opération, et le comptable veille à sa régularité. En cas de dépense irrégulière ou de défaut de pièces justificatives, le comptable est amené à rejeter la demande de paiement de l'entreprise.

**Les comptables publics ne doivent exiger que les pièces justificatives prévues par l'annexe 1 du Code général des collectivités territoriales**. Avant de procéder au paiement d'une dépense ne faisant pas l'objet d'un ordre de réquisition, les comptables publics des collectivités territoriales, des établissements publics locaux et des associations syndicales de propriétaires **ne doivent exiger que les pièces justificatives prévues pour la dépense correspondante dans la liste définie à l'annexe 1 du Code général des collectivités territoriales** (article D. 1617-19 du Code général des collectivités territoriales issu du décret 2007-450 du 25 mars 2007).

### 1.1.2. Les maîtres d'ouvrage publics doivent savoir comment ils financeront leur marché avant de mettre les entreprises en concurrence

**Le financement peut être assuré par les ressources propres de la collectivité**.

Il faudra alors s'assurer que le budget permet d'autofinancer la prestation.

**Le financement peut dépendre de l'attribution de subventions**.

Il faudra vérifier le calendrier de mise à disposition des fonds et la nature des crédits.

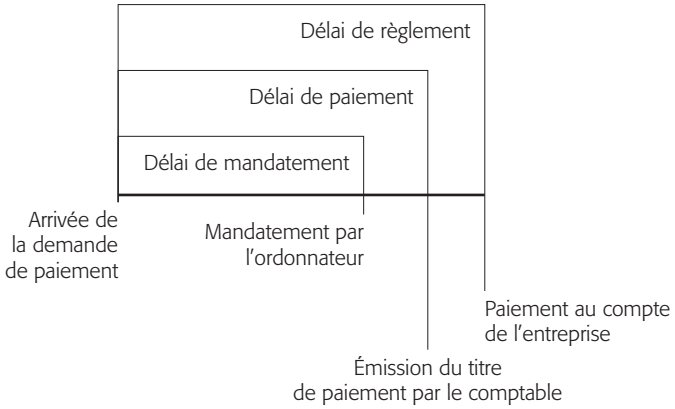
**Le financement peut provenir d'un emprunt réalisé auprès d'un établissement financier**.

Il faudra être certain de la réalisation de l'emprunt et des conditions de mise à disposition des fonds.

## 1.2. Le délai de paiement des entreprises

Classiquement, on distingue le délai de mandatement, le délai de paiement et le délai de règlement.

**Le délai de mandatement** est le délai qui sépare l'arrivée de la demande de paiement par lettre recommandée avec accusé de réception de la date à laquelle l'ordonnateur établit le mandat.


Délai de règlement
Délai de paiement
Délai de mandatement
Arrivée de la demande de paiement
Mandatement par l'ordonnateur
Paiement au compte de l'entreprise
Émission du titre de paiement par le comptable

Jusqu'à l'entrée en vigueur, le 9 septembre 2001, du décret du 7 mars 2001 portant réforme du Code des marchés publics, seul le délai de mandatement était réglementé et sanctionné en marchés publics.

**Aucun délai de paiement** ne figurait dans le code jusqu'à cette date, l'obstacle avancé par l'Administration étant celui des difficultés internes d'organisation qu'elle rencontre au travers des relations entre ordonnateurs et comptables. Or chacun en a bien conscience : ce qui importe pour l'entrepreneur, ce n'est pas le mandatement, mais le virement effectif des sommes dues sur le compte bancaire de l'entreprise indiqué dans l'acte d'engagement. Plus exactement, ce que les entrepreneurs souhaitent, c'est à la fois être payés plus rapidement et être certains d'être effectivement payés dans un délai déterminé.

### 1.2.1. Délai global de paiement

L'article 98 du Code des marchés publics et le décret n° 2013-269 du 29 mars 2013 prévoient que le délai maximum de paiement est de :

- 30 jours pour :
  - l'État et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial,
  - les collectivités territoriales et les établissements publics locaux,
  - les pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'article 3 de l'ordonnance du 6 juin 2005 (les OPH, par exemple).
- 50 jours pour :
  - les établissements publics de santé et les établissements du service de santé des armées ;

- 60 jours pour :
  - les pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'article 3 de l'ordonnance du 6 juin 2005 (les SA d'HLM, par exemple), qui sont des entreprises publiques au sens du II de l'article 1er de l'ordonnance du 7 juin 2004, à l'exception de ceux qui sont des établissements publics locaux.

### 1.2.2. La mise en œuvre du délai global maximum de paiement dans les marchés publics

Le décret d'application n° 2013-269 du 29 mars 2013 fixe les règles de mise en œuvre du délai de paiement dans les marchés publics. Il organise le délai global de paiement dans le cadre administratif français de la séparation de l'ordonnateur et du comptable.

### 1.2.3. La mesure du délai global et sa détermination

#### a) Point de départ et point d'arrivée

Le point de départ du délai global de paiement des **acomptes** est la date de **réception de la demande de paiement** par le pouvoir adjudicateur ou, si le marché le prévoit, **par le maître d'œuvre** (ce qui est le cas lorsque le CCAG Travaux 2009 est contractuel).

Toutefois, le point de départ du délai global de paiement est la date d'exécution des prestations lorsque la date de réception de la demande de paiement est incertaine ou antérieure à cette date. En effet, le délai global ne saurait commencer à courir tant que l'acheteur public n'a contracté aucune obligation de régler l'entreprise. Il en est ainsi, par exemple, lorsque la facture parvient à l'organisme public acheteur avant réalisation des prestations commandées. Dans un tel cas, c'est la date du service fait, admise par l'ordonnateur, qui fait courir le délai et non la date de réception de la facture.

Le point de départ du délai global de paiement du **solde** des marchés de travaux soumis au Code des marchés publics est la date de **réception** par le maître d'ouvrage **du décompte général définitif** (DGD) (décret du 29 mars 2013).

**La date de réception de la demande de paiement ne peut faire l'objet d'un accord contractuel entre le pouvoir adjudicateur et son créancier**.

La date de réception de la demande de paiement et la date d'exécution des prestations sont constatées par les services du pouvoir adjudicateur ou, le cas échéant, par le maître d'œuvre ou la personne habilitée à cet effet. À défaut, c'est **la date de la demande de paiement augmentée de deux jours** qui fait foi. En cas de litige, il appartient au créancier d'apporter la preuve de cette date.

**Le délai global maximum de paiement expire** à la date du règlement par le comptable public, c'est-à-dire à la date à laquelle il effectue les formalités nécessaires pour permettre le virement par la Banque de France. Il ne s'agit pas de la date de virement de la somme sur le compte de l'entreprise. Les délais bancaires sont donc exclus du délai global maximum de paiement (qui contient, par ailleurs, le délai du maître d'œuvre).

**Pour les sous-traitants** : le délai global de paiement du sous-traitant bénéficiant du paiement direct est identique à celui prévu au marché pour le paiement du titulaire. Ce délai court à compter de la date à laquelle le pouvoir adjudicateur a connaissance de l'acceptation expresse ou implicite par le titulaire des pièces justificatives servant de base au paiement direct.

Pour les marchés soumis au Code des marchés publics, le délai de paiement du sous-traitant court à compter de la réception par le pouvoir adjudicateur de l'accord, total ou partiel, du titulaire sur le paiement demandé, ou de l'expiration du délai mentionné au deuxième alinéa de l'article 116 du même code si, pendant ce délai, le titulaire n'a notifié aucun accord ni aucun refus, ou encore de la réception par le pouvoir adjudicateur de l'avis postal mentionné au troisième alinéa du même article (décret du 29 mars 2013).

b) Suspension du délai global

**Le délai global peut être suspendu une fois par l'ordonnateur**.

Le délai global de paiement ne peut être suspendu qu'une seule fois par le pouvoir adjudicateur, s'il constate que la demande de paiement ne comporte pas l'ensemble des pièces et des mentions prévues par la loi ou par le contrat ou que celles-ci sont erronées ou incohérentes. Pour les pouvoirs adjudicateurs dotés d'un comptable public, cette suspension ne peut intervenir qu'avant l'ordonnancement de la dépense.

La suspension du délai de paiement fait l'objet d'une notification au créancier par tout moyen permettant d'attester une date certaine de réception. Cette notification précise les raisons imputables au créancier qui s'opposent au paiement, ainsi que les pièces à fournir ou à compléter.

À compter de la réception de la totalité de ces éléments, un nouveau délai de paiement est ouvert. Il est de trente jours ou égal au solde restant à courir à la date de réception de la notification de la suspension si ce solde est supérieur à trente jours.

Lorsque l'ordonnateur et le comptable public ne relèvent pas de la même personne morale et sont convenus d'un délai de règlement conventionnel, ce nouveau délai ne peut être inférieur à quinze jours augmentés du délai prévu pour l'intervention du comptable public dans le cadre de ce délai de règlement conventionnel.

**Le délai d'intervention du maître d'œuvre fait partie du délai global maximum de paiement** (décret du 29 mars 2013).

Si le pouvoir adjudicateur recourt à un maître d'œuvre (ou à tout autre prestataire dont l'intervention conditionne le paiement des sommes dues), l'intervention du maître d'œuvre (ou du prestataire) ne modifie pas le délai de paiement qui s'impose au pouvoir adjudicateur.

Pour les marchés soumis au Code des marchés publics, le contrat conclu avec le maître d'œuvre ou tout autre prestataire indique le délai dans lequel celui-ci doit effectuer ses interventions. Pour les opérations qui interviennent après la date à laquelle le délai de paiement a commencé à courir, ce délai d'intervention ne peut excéder quinze jours.

Le maître d'œuvre ou le prestataire habilité à recevoir les demandes de paiement est tenu de faire figurer dans l'état qu'il transmet au pouvoir adjudicateur en vue du paiement la date de réception ou de remise de la demande de paiement de l'entreprise.

Le marché précise les pénalités encourues du fait de l'inobservation de ce délai ou de l'obligation prévue à l'alinéa précédent. Il prévoit également la faculté pour le pouvoir adjudicateur d'effectuer ou de faire effectuer, après mise en demeure, les prestations aux frais du défaillant.

### 1.2.4. Modalités de calcul et de versement des intérêts moratoires

Le décret du 29 mars 2013 donne les indications nécessaires au calcul des intérêts moratoires : durée, assiette, taux, pénalisation si l'ordonnateur ne les mandate pas d'emblée.

Lorsque les sommes dues en principal ne sont pas mises en paiement à l'échéance prévue au contrat ou à l'expiration du délai de paiement, le créancier a droit, sans qu'il ait à les demander, au versement des intérêts moratoires et de l'indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement prévus aux articles 39 et 40 de la loi du 28 janvier 2013 susvisée.

**Le taux de la BCE**. Le taux des intérêts moratoires est égal au taux d'intérêt appliqué par la Banque centrale européenne à ses opérations principales de refinancement les plus récentes, en vigueur au premier jour du semestre de l'année civile au cours duquel les intérêts moratoires ont commencé à courir, majoré de huit points de pourcentage.

Les intérêts moratoires courent à compter du jour suivant l'échéance prévue au contrat ou à l'expiration du délai de paiement jusqu'à la date de mise en paiement du principal incluse.

Les intérêts moratoires appliqués aux acomptes ou au solde sont calculés sur le montant total de l'acompte ou du solde toutes taxes comprises, diminué de la retenue de garantie, et après application des clauses d'actualisation, de révision et de pénalisation.

**En cas de désaccord sur le montant d'un acompte ou du solde, le paiement est effectué** dans les mêmes délais (30 jours) **sur la base provisoire des sommes admises** par le pouvoir adjudicateur. Lorsque les sommes ainsi payées sont inférieures à celles qui sont finalement dues au créancier, celui-ci a droit à des intérêts moratoires calculés sur la différence.

Le montant de l'indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement est fixé à 40 euros.

Les intérêts moratoires et l'indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement sont payés dans un délai de quarante-cinq jours suivant la mise en paiement du principal.

**Ainsi, le défaut de paiement dans les délais fait courir des intérêts moratoires** :

- de plein droit et sans autre formalité ;
- au bénéfice du titulaire du marché ou du sous-traitant payé directement ;
- à partir du jour suivant l'expiration du délai de paiement ;
- jusqu'à la date de mise en paiement du principal incluse ;
- ils sont calculés sur le montant TTC total de l'acompte ou du solde calculés ;
- diminué de la retenue de garantie ;
- et après application des clauses d'actualisation, de révision et de pénalisation ;
- ils ne sont pas assujettis à la TVA.

**Pour les marchés de l'État**, pour les marchés des collectivités territoriales, pour les marchés des établissements de santé, en cas de retard de paiement, pour les situations mensuelles et pour le paiement du solde, le taux des intérêts moratoires est le taux de la Banque centrale européenne (**BCE) + 8** points.

**Se reporter au tableau récapitulatif** des taux applicables pour le calcul des intérêts moratoires dus publié par le ministère de l'Économie (www.economie.gouv.fr, ou sur le site de la BCE : www.ecb.int/).

**Une assistance en ligne pour le calcul des intérêts moratoires**. Le ministère de l'Équipement a mis en ligne des modules permettant de calculer les intérêts moratoires : Lmp-Assistants ou Ligne Marchés Publics Assistants. Ce site permet de prendre en compte soit le taux de l'intérêt légal, soit le taux de la Banque centrale européenne.

La signature sans réserves du décompte général lie définitivement les parties, sauf en ce qui concerne les intérêts moratoires (art. 13.33 du CCAG Travaux 1976 et 13.3.3 du CCAG Travaux 2009). Il est donc fondamental pour les entreprises de **redemander au moment du projet de**

**décompte final les intérêts moratoires sur acomptes antérieurs qui n'auraient éventuellement pas encore été payés** (CE, 28 septembre 2001, Entreprise de construction et de prestation de services).

**La renonciation** par le cocontractant de l'Administration aux intérêts moratoires qui lui sont dus en raison de retards dans le règlement de marchés publics **est soumise à une interdiction absolue**, indifféremment de sa forme ou du stade de la procédure auquel elle intervient. Toute délibération de l'organe délibérant qui autoriserait une telle transaction serait donc illégale (CE, 17 octobre 2003, ministre de l'Intérieur).

**En plus des intérêts moratoires, l'État doit payer des dommages-intérêts en cas de refus persistant et non justifié de régler ses factures**. Dans un arrêt du 17 novembre 2008, le Conseil d'État juge qu'une entreprise est fondée à demander à l'État des dommages-intérêts distincts des intérêts moratoires de sa créance en raison du refus persistant et non justifié de l'Administration d'acquitter les factures de travaux commandés. Après avoir vérifié que le retard (CE, Sect., 18 mai 1945, Compagnie de l'industrie des transports automobiles des Charentes) et la mauvaise foi de l'Administration (CE, 5 juin 1957, Simon) étaient bien avérés, le Conseil d'État juge que « ***le refus persistant et non justifié de l'administration d'acquitter les factures de travaux commandés par elle et réalisés par l'entreprise requérante, est constitutif d'un mauvais vouloir manifeste ; que la société requérante est par suite fondée à demander des dommages-intérêts distincts des intérêts moratoires de sa créance*** *; qu'il sera fait une juste appréciation de la réparation qui lui est due à ce titre en lui allouant une somme de 400 000 € »* (CE, 17 novembre 2008, Entreprise Aubelec).

**La capitalisation d'intérêt** peut être demandée après le paiement du principal de la dette, quand ces intérêts n'ont pas eux-mêmes été versés et qu'ils sont dus pour au moins un an (CE, 4 mai 2007, Société Sapibat Guyane ; CE, 26 septembre 2008, M. Sem).

**La capitalisation des intérêts moratoires court à compter de la demande du requérant**. Le Conseil d'État s'est prononcé sur la capitalisation des intérêts, il relève que « *la société a demandé pour la première fois la capitalisation des intérêts le 19 août 2002* [et que] à cette date, les intérêts étaient dus pour plus d'une année entière ». Il en déduit alors « *qu'en fixant le point de départ de la capitalisation des intérêts moratoires au 1er* novembre 1999, soit un an après le point de départ de ces intérêts, alors qu'il ressortait des pièces du dossier qui lui était soumis que la capitalisation de ces intérêts n'avait été demandée par la société qu'à l'appui de sa requête d'appel enregistrée le 19 août 2002, la cour administrative d'appel de Bordeaux a commis une erreur de droit ». Par conséquent, le Conseil d'État indique que « *la chambre de commerce et d'industrie est fondée à demander l'annulation de l'arrêt attaqué en tant qu'il s'est prononcé sur la capitalisation des intérêts* ». La Haute Juridiction juge donc que « *la société* [requérante] *a droit à la capitalisation des intérêts à la date du 19 août 2002 et à chaque échéance annuelle ultérieure* ». Le Conseil d'État confirme ainsi la position adoptée dans un précédent arrêt (cf. CE., 27 août 2014, UTB c/ APH Paris Habitat ; et CE, 10 décembre 2014, CCI de Guyane).

### 1.2.5 Répartition du délai entre l'ordonnateur et le comptable public

Un décret 2008-1550 du 31 décembre 2008 répartit le délai global entre l'ordonnateur et le comptable public de la manière suivante : **10 jours pour le comptable et 20 jours pour la collectivité**, soit 30 jours de délai global à compter du 1er juillet2010.

## 1.3. L'avance, les acomptes

### 1.3.1. L'avance (CMP, art. 87 et 115)

Elle est de 5 % du montant TTC des prestations à exécuter au cours des douze premiers mois du marché.

Le marché peut prévoir que l'avance versée au titulaire du marché dépasse les 5 %.

Si la durée du marché est supérieure à douze mois, l'avance est égale à 5 % d'une somme égale à douze fois le montant mentionné ci-dessus divisé par cette durée exprimée en mois.

Elle est obligatoire pour tous les marchés supérieurs à 50 000 € HT et dans la mesure où le délai d'exécution est supérieur à deux mois.

Cette avance n'est due au titulaire du marché que sur la part du marché qui ne fait pas l'objet de sous-traitance.

Toutefois, l'article 87-V précise que **le marché peut prévoir le versement d'une avance dans les cas où elle n'est pas obligatoire**.

L'entreprise peut refuser le versement d'une avance.

Elle ne peut être ni révisée ni actualisée.

Le remboursement de l'avance est effectué par précompte sur les sommes dues ultérieurement au titulaire. Dans le silence du marché, il commence lorsque le montant des prestations exécutées au titre du marché atteint ou dépasse 65 % du montant initial du marché et est terminé lorsque ce taux atteint 80 %.

**Les collectivités territoriales peuvent** demander la constitution d'une **garantie à première demande ou**, si les deux parties en sont d'accord, d'une **caution personnelle** et solidaire pour tout ou partie de l'avance lorsque le montant de l'avance est inférieur ou égal à 30 % du montant du marché.

**L'État ou les collectivités territoriales doivent** demander la constitution **d'une garantie à première demande** dès lors que l'avance est supérieure à 30 %.

**Exceptionnellement, en 2009 et 2010**, une avance de **20 %** était versée pour tout marché de l'État supérieur à **20 000 € HT** (circulaire du Premier ministre du 19 décembre 2008).

**L'obtention d'une avance et d'acomptes constitue un droit pour le cocontractant**.

Le décret n° 2013-269 du 29 mars 2013 prévoit qu'en cas de versement d'une avance en application de l'article 87 du Code des marchés publics, le délai de paiement de celle-ci court à compter de la date de notification de l'acte qui emporte commencement d'exécution des prestations qui correspondent à l'avance si un tel acte est prévu ou, à défaut, de la date de notification du contrat.

Dans les autres cas, le délai de paiement court à compter de la date à laquelle les conditions prévues au contrat pour le versement de l'avance sont remplies.

Lorsque la constitution d'une garantie à première demande ou d'une caution personnelle et solidaire est exigée, le délai de paiement de l'avance ne peut courir avant la réception de cette garantie ou de cette caution.

### 1.3.2. Les acomptes (CMP, art. 91)

La périodicité du versement des acomptes est fixée à trois mois maximum. Ce maximum est ramené à un mois lorsque le titulaire du marché est une PME ou une société coopérative de production (SCOP) (CMP, art. 48).

On entend par « petites et moyennes entreprises » les entreprises dont l'effectif ne dépasse pas 250 personnes et dont le chiffre d'affaires ne dépasse pas en moyenne sur les trois dernières années 50 M€ ou dont le total du bilan annuel est inférieur à 43 M€.

Le montant d'un acompte ne doit pas excéder celui des prestations effectivement réalisées au titre du marché.

Le montant d'un acompte ne peut excéder la valeur des prestations auxquelles il se rapporte (CMP, art. 91).

La demande de paiement (projet de décompte mensuel) est présentée chaque mois au maître d'œuvre de l'opération pour les travaux effectués le mois précédent.

Son montant est établi en prix de base (mois d'établissement des prix) et, en principe, sans l'effet de l'actualisation ou de la révision et hors taxes, mais le titulaire du marché doit joindre tous les éléments permettant le calcul de la variation du prix.

Si le maître d'œuvre modifie la demande d'acompte et applique une réfaction, il doit en faire part immédiatement à l'entreprise par ordre de service.

Les entreprises doivent toujours adresser les projets de décompte en recommandé avec AR, ou les remettre contre récépissé au maître d'œuvre.

La liste des pièces justificatives à produire dans le cadre du versement d'acomptes. Cette liste figure à l'annexe 1 du Code général des collectivités territoriales (article D. 1617-19 du CGCT issu du décret du 25 mars 2007).

## 1.4. Paiement du solde du marché : établissement du projet de décompte final et contestation du décompte général (CCAG Travaux 2009)

**Le solde du marché** intervient à l'issue de la procédure de réception des travaux.

Le solde délie les parties contractantes.

En marchés publics, le CCAG Travaux 2009, modifié par l'arrêté du 3 mars 2014 et qui s'applique lorsqu'il est prévu comme pièce contractuelle au marché, prévoit des procédures bien précises qu'il convient de suivre pour ne pas encourir la forclusion et voir ses demandes rejetées.

Toutefois, ce que couramment les maîtres d'ouvrage, maîtres d'œuvre et entrepreneurs appellent « situations de travaux » ou « DGD » correspond en droit à des phases successives permettant d'établir les droits à paiement de l'entrepreneur.

**Le projet de décompte final** est le projet de décompte remis par l'entrepreneur au maître d'œuvre après l'achèvement des travaux, établissant le montant HT des sommes auxquelles il peut prétendre du fait de l'exécution de son marché.

**Le décompte final** est le décompte arrêté par le maître d'œuvre à partir du projet de décompte final éventuellement rectifié présenté par l'entrepreneur.

**Le projet de décompte général** est établi par le maître d'œuvre (ou par l'entrepreneur lorsqu'il met en œuvre la procédure de DGD tacite). Il comprend le décompte final, l'état du solde et la récapitulation des acomptes mensuels et du solde.

**Le décompte général** est le décompte signé par la personne responsable du marché et notifié à l'entrepreneur, lui indiquant le montant retenu pour solde de son marché.

**Le décompte général et définitif (DGD)** est le décompte général accepté expressément ou tacitement par l'entrepreneur. Le montant du DGD devient ainsi intangible.

### 1.4.1. Établissement du décompte général (voir schéma *infra*)

#### *Délai de production du projet de décompte final*

Les articles 13.3.1 et 13.3.2 du CCAG Travaux 2009 modifié précisent que **dans un délai de trente jours à compter de la date de notification de la décision de réception des travaux, l'entrepreneur transmet son projet de décompte final simultanément au maître d'œuvre et au représentant du pouvoir adjudicateur** par tout moyen permettant de donner une date certaine.

Le titulaire est lié par les indications figurant dans son projet de décompte final. C'est pourquoi, dans le projet de décompte final, l'entrepreneur doit impérativement récapituler les réserves qu'il a émises et qui n'ont pas été levées, sous peine de les voir abandonnées.

Si, malgré une mise en demeure, l'entrepreneur n'établit pas ce projet de décompte final, le maître d'œuvre peut l'établir d'office aux frais du titulaire du marché.

Mais l'absence de mise en demeure empêche que le décompte dressé ensuite par le maître d'œuvre ait une quelconque conséquence juridique vis-à-vis de l'entrepreneur. Celui-ci ne peut être considéré comme ayant tacitement accepté ce décompte.

#### *Contenu du projet de décompte final*

**Le projet de décompte final,** établi à partir des prix de base, **comporte le total des sommes auxquelles l'entrepreneur peut prétendre du fait de l'exécution du marché**, réparties entre les mêmes rubriques que celles qui figurent dans les projets de décomptes mensuels. Le projet de décompte final comporte le total des sommes auxquelles l'entrepreneur peut prétendre du fait de l'exécution du marché.

Le projet de décompte final dressé par l'entrepreneur va le lier en ce qui concerne les indications qu'il contient relatives aux travaux exécutés et à l'application des prix (art. 13.3.1. du CCAG Travaux 2009).

Ainsi, doivent être inscrits sur ce projet de décompte final les intérêts moratoires sur acomptes si ces derniers ont été payés tardivement, ainsi que le coût des travaux supplémentaires. En effet, si les intérêts moratoires dus sur les acomptes mensuels ne sont pas notés dans le projet de décompte final, à condition que ces intérêts puissent être chiffrés, c'est-à-dire si le montant de l'acompte mensuel a bien été payé lors de l'établissement du projet de décompte final, seuls les intérêts moratoires sur le solde pourront être réclamés.

**Obligation de remettre le projet de décompte final avant de saisir le juge**. Une entreprise demande le paiement du solde de son marché sans avoir remis préalablement son projet de décompte final, soutenant des difficultés rencontrées avec le maître d'œuvre pour l'établir. Les juges déclarent que la remise du projet de décompte final constitue néanmoins une obligation (CAA Nancy, 7 décembre 2006).

**Si l'entreprise laisse le maître d'ouvrage dresser le décompte général alors qu'elle n'a pas établi son projet de décompte final et n'invoque pas la méconnaissance des clauses contractuelles, elle est supposée y renoncer**. Le maître d'ouvrage avait dressé le décompte général sans mettre en demeure les entreprises de dresser leur décompte final. Le Conseil d'État estime que le décompte général est néanmoins opposable aux entreprises dès lors qu'elles n'ont pas invoqué la méconnaissance des clauses contractuelles avant leur recours juridictionnel et avaient contesté le décompte général sur le fond. Elles « *doivent être regardées comme ayant renoncé, d'un commun accord avec le maître d'ouvrage, à l'application des stipulations de l'article 13.3 du CCAG* » (CE, 29 décembre 2008, M. Bondroit).

#### *Projet de décompte final et/ou projet de décompte mensuel*

Après l'achèvement des travaux, l'entrepreneur a le choix entre soit établir un dernier projet de décompte mensuel, soit rédiger uniquement le projet de décompte final sans présenter de dernier acompte mensuel.

N'établir qu'un seul décompte pourrait être considéré comme une simplification, mais **l'entrepreneur a intérêt à fournir un dernier décompte mensuel afin d'être réglé plus rapidement. En effet, le délai de paiement d'un acompte mensuel est plus court que celui du solde**.

#### *Notification du décompte général*

**À partir du projet de décompte final, le maître d'œuvre va établir le projet de décompte général** qui retrace l'intégralité des dettes et des créances des deux parties, maître d'ouvrage et entrepreneur. Le projet de décompte général comprend :

- le décompte final ;
- l'état du solde (établi à partir du décompte final et du dernier décompte mensuel) ;
- et la récapitulation des acomptes mensuels et du solde.

Le montant du décompte général est égal au résultat de cette dernière récapitulation.

Le maître d'œuvre transmet le projet de décompte général au représentant du pouvoir adjudicateur dans un délai compatible avec le délai du maître d'ouvrage pour notifier le décompte général.

**Le projet de décompte général est signé par le représentant du pouvoir adjudicateur et devient alors le décompte général**.

Le représentant du pouvoir adjudicateur notifie au titulaire le décompte général à la plus tardive des deux dates ci-après :

- **30 jours à compter de la réception par le maître d'**œuvre de la demande de paiement final transmise par le titulaire ;
- **30 jours à compter de la réception par le représentant du pouvoir adjudicateur** de la demande de paiement final transmise par le titulaire.

**Le décompte général est notifié hors révision définitive**. Si, lors de l'établissement du décompte général, les valeurs finales des index de référence ne sont pas connues, le représentant du pouvoir adjudicateur notifie au titulaire la révision de prix afférente au solde dans les dix jours qui suivent leur publication. La date de cette notification constitue le point de départ du délai de paiement des sommes restant dues après révision définitive des prix (article 13.4.2 du CCAG Travaux 2009 modifié).

**Le représentant du pouvoir adjudicateur notifie ensuite au titulaire le montant des révisions de prix au plus tard dix jours après la publication de l'index de référence** permettant la révision du solde. La date de cette notification constitue le point de départ du délai de paiement de ce montant (article 13.4.4 du CCAG Travaux 2009 modifié).

**Paiement d'intérêts moratoires**. Lorsque les sommes dues au titulaire n'ont pas été payées à l'échéance du délai de paiement, celui-ci a droit à des intérêts moratoires dans les conditions prévues par le décret n° 2013-269 du 29 mars 2013 relatif à la lutte contre les retards de paiement dans les contrats de la commande publique.

**Le fait que le décompte général** établi par l'Administration **soit formellement irrégulier** (absence de signature) ne le rend pas inexistant et **n'oblige pas l'entrepreneur qui souhaite le contester à mettre préalablement en demeure l'Administration d'adopter un décompte général régulier**. Si le décompte général a bien été établi, mais qu'il l'a été sans respecter le formalisme (pas de signature du maître d'ouvrage et pas de notification par ordre de service), dans ce cas, il n'incombe pas à l'entrepreneur de mettre en demeure le maître d'ouvrage d'établir le décompte général avant d'introduire un recours en contestation du décompte. Le Conseil d'État estime que, dans ce cas, le décompte existe et qu'il n'y a pas lieu de mettre le maître d'ouvrage en demeure de l'établir préalablement à la saisine du juge du contrat (CE, 14 mai 2008, Société CSM Bessac).

#### *Signature du décompte général par le titulaire : le décompte général et définitif (DGD)*

À compter de la notification du décompte général, l'entrepreneur dispose de **trente jours** pour le **renvoyer au représentant du pouvoir adjudicateur, avec copie au maître d'**œuvre, avec ou sans réserves, ou pour faire connaître les motifs pour lesquels il refuse de le signer (art. 13.4.3 du CCAG Travaux 2009).

Ce décompte devient le décompte général et définitif (DGD) du marché si la signature du décompte général est donnée sans réserves.

La date de sa notification au pouvoir adjudicateur constitue le départ du délai de paiement.

Cette acceptation lie définitivement les parties, sauf en ce qui concerne le montant des révisions et des intérêts moratoires afférents au solde.

Si l'entrepreneur n'a pas renvoyé le décompte général dans les trente jours, en exposant le cas échéant, dans un mémoire de réclamation, les motifs de son refus ou de ses réserves, ce décompte général est réputé accepté par lui et devient le DGD du marché (art. 13.4.5. du CCAG Travaux 2009).

**En cas de contestation sur le montant des sommes dues, le représentant du pouvoir adjudicateur règle, dans un délai de trente jours** à compter de la date de réception de la notification du décompte général assorti des réserves émises par le titulaire ou de la date de réception des motifs pour lesquels le titulaire refuse de signer, **les sommes admises dans le décompte final**.

Après résolution du désaccord, il procède, le cas échéant, au paiement d'un complément, majoré, s'il y a lieu, des intérêts moratoires, courant à compter de la date de la demande présentée par le titulaire.

Si les réserves sont partielles, le titulaire est lié par son acceptation implicite des éléments du décompte général sur lesquels ses réserves ne portent pas.

**Le décompte général qui n'a pas été contesté dans les formes requises par l'entreprise** à qui il a été régulièrement notifié **devient définitif, ce qui fait obstacle aux réclamations ultérieures** de l'entreprise, mais aussi aux réclamations présentées ultérieurement par le maître d'ouvrage en vue du paiement de pénalités de retard et de dommages et intérêts (CAA Bordeaux, 15 novembre 2007, Centre hospitalier Esquirol).

### 1.4.2. Contestation du décompte général

#### *1. Faire des réserves dans un mémoire de réclamation (art. 13.4.5 du CCAG Travaux)*

L'entreprise ayant reçu le décompte général doit se montrer vigilante et faire des réserves sur tous les points sur lesquels elle n'est pas d'accord avec le décompte qui lui est transmis.

Le CCAG assimile les réserves partielles à l'acceptation de tous les éléments du décompte non affectés par celles-ci, et cette acceptation est quasiment irrévocable.

Le simple renvoi du décompte général assorti de la mention « refusé » ne saurait être tenu pour l'expression d'une réclamation.

De même, la circonstance que des discussions se sont déroulées entre l'entrepreneur et le maître d'ouvrage ou son délégué sur divers points du décompte ne saurait être assimilée à l'envoi de la réclamation exigée (CE, 1er février 1989, Société Spie-Trindel).

Les réserves de l'entreprise (acceptation partielle du décompte général) ou les motifs de son refus de signer le décompte général doivent prendre la forme d'un mémoire en réclamation (art. 13.4.5. du CCAG Travaux 2009).

#### *2. Contenu du mémoire de réclamation*

Le mémoire de réclamation est un préalable indispensable pour que l'entrepreneur puisse, le cas échéant, saisir le tribunal administratif. Ce mémoire :

- doit être remis au représentant du pouvoir adjudicateur avec copie au maître d'œuvre (articles 13.4.3 et 50.1.1. du CCAG Travaux 2009) ;
- dans le délai de trente jours donné à l'entrepreneur pour signer le décompte général.

L'entrepreneur qui ne renvoie pas dans ce délai le décompte général dûment signé ou qui, l'ayant renvoyé dans ce délai, n'a pas motivé son refus ou n'a pas exposé en détail les motifs de ses réserves en précisant le montant de ses réclamations, est réputé avoir accepté le DGD.

Une lettre fixant le montant des sommes revendiquées sans pour autant indiquer de manière suffisamment précise et détaillée les chefs de réclamation qu'elle reprenait, n'a pas le caractère de mémoire en réclamation.

Le simple envoi dudit décompte assorti de la mention « refusé » ne suffit pas pour valoir réclamation.

De même, les discussions entre l'entreprise et le maître d'ouvrage ou son délégué sur divers points du décompte ne peuvent être assimilées à l'envoi de la réclamation exigée.

Dans le mémoire de réclamation, l'entrepreneur doit :

- exposer les motifs de son refus de signer le décompte général ;
- ou exposer les réserves partielles qu'il fait à ce décompte général.

**Le mémoire doit impérativement être motivé et chiffré**. Il faut :

- **une motivation en fait** (sur ce qui s'est passé, notamment une demande de travaux supplémentaires) ;
- **et une motivation en droit** (référence aux articles du CCAG, par exemple : référence à l'article 15 pour une demande d'indemnisation suite à une augmentation des travaux, référence à l'article 16 pour une demande d'indemnité en cas de diminution des travaux, référence à l'article 20 pour une contestation des pénalités de retard, etc.) ;
- **préciser le montant des sommes** dont il revendique le paiement ;
- **fournir toutes les justifications nécessaires**, notamment en reprenant, sous peine de forclusion, les réclamations déjà formulées antérieurement et qui n'auraient pas fait l'objet d'un règlement définitif.

Le mémoire en réclamation doit contenir également, sous peine de forclusion, **toutes les réclamations déjà formulées antérieurement** et qui n'ont pas fait l'objet d'un règlement définitif.

Le Conseil d'État a posé le principe selon lequel une demande qui ne comporterait aucune justification et ne préciserait pas le montant des sommes réclamées ne pourrait être considérée comme répondant aux exigences de l'article 13.44 du CCAG Travaux (CE, 29 mars 1989, SA entreprise Henri Faure).

**L'absence de chiffrage de la réclamation correspond à une acceptation tacite du décompte général**.

En cas de refus ou de réserves à la signature du décompte général, le mémoire introduit par l'entreprise doit préciser le montant des sommes dont le paiement est demandé. **Si le montant des sommes réclamées ne figure pas dans la réclamation, le Conseil d'État considère que cela équivaut à un défaut de motivation de la réclamation et que cela a pour effet non de rendre irrecevable la réclamation, mais de faire regarder l'entreprise comme ayant implicitement accepté le décompte** (CE, 5 octobre 2005, SNC Quillery Centre).

**Il est indispensable que le mémoire indique avec précision le montant des sommes dont le paiement est revendiqué**.

Une lettre de l'entrepreneur se bornant à rappeler que les pénalités prévues par ce décompte faisaient l'objet d'une contestation de sa part, sans rappeler les motifs de cette contestation ou ne mentionnant pas le montant des sommes dont le paiement était demandé, ne revêt pas non plus le caractère de mémoire en réclamation (CE, 26 mars 2003, Société Deniau ; cf. *supra* CE, 5 octobre 2005, SNC Quillery Centre).

**Faute d'un mémoire de réclamation produit à la suite de la notification du décompte général, celui-ci devient définitif, nonobstant l'existence d'un litige pendant devant le juge administratif**, et ce, même si dans le décompte final de l'entreprise et le décompte général du maître d'ouvrage, les parties avaient précisé qu'il était dressé sous réserve de la décision du juge dans le cadre des procédures en cours. Le Conseil d'État estime qu'une telle mention ne présente pas « *un caractère suffisamment explicite pour établir que la ville de Rennes aurait par là, dans l'attente du jugement du tribunal de Rennes, accepté de ne pas conférer une portée définitive au décompte général, dispensant ainsi la société de contester celui-ci dans les formes requises* » (CE, 11 juillet 2008, Société des constructions industrielles de la Méditerranée).

**Principe d'unicité d'un décompte général : le décompte général couvre l'ensemble d'une opération, même dans le cadre d'un marché à tranches conditionnelles**.

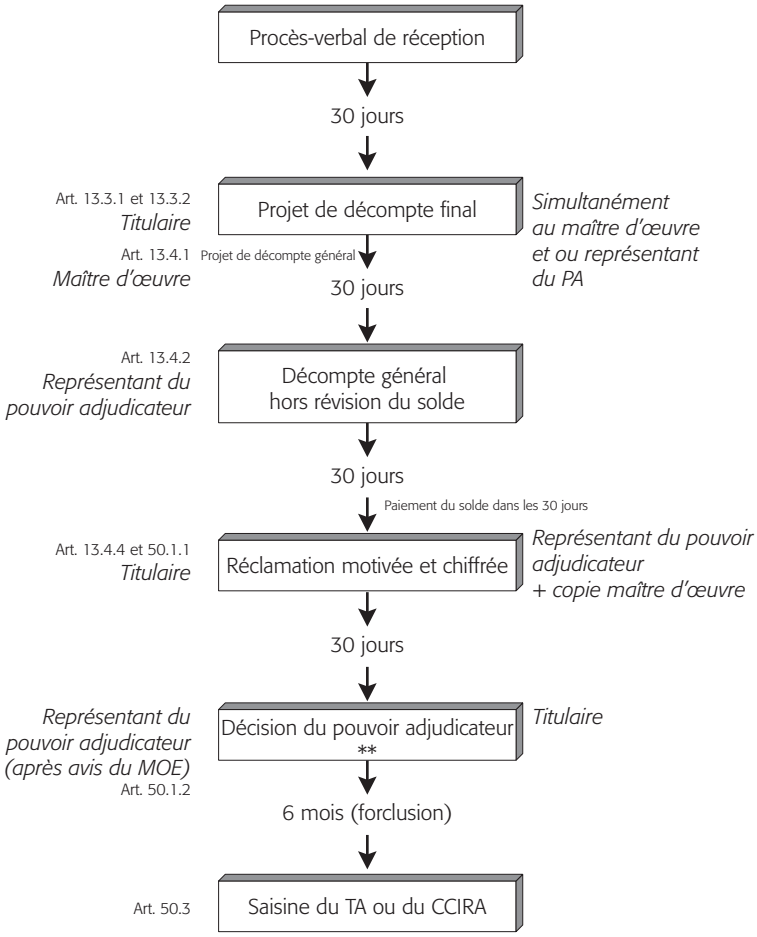
En l'espèce, la région Rhône-Alpes avait attribué un marché de restructuration et d'extension d'un lycée à un groupement conjoint. Ce marché comportait une tranche ferme et trois tranches conditionnelles.

Suite à un litige, la cour administrative d'appel de Lyon a été amenée à rappeler que « *l'ensemble des opérations auxquelles donne lieu l'exécution d'un marché public de travaux ou d'un marché public de maîtrise d'œuvre est compris dans un compte dont aucun élément ne peut être isolé et dont seul le solde, arrêté lors de l'établissement du décompte général, détermine les droits et obligations définitifs des parties* ». Ainsi, elle précise que pour les marchés à tranches conditionnelles comportant une tranche ferme et une ou plusieurs tranches conditionnelles, lorsqu'une ou plusieurs tranches conditionnelles ont été affermies, « *ce principe fait obstacle, sauf stipulations contraires, à ce que les droits et obligations des parties relatives à l'exécution d'une tranche soient isolés dans le cadre d'un décompte partiel* » (CAA Lyon, 9 juillet 2008, SA Scarpari).

Pour les réclamations auxquelles a donné lieu le décompte général du marché, le titulaire dispose de six mois… pour porter ses réclamations devant le tribunal administratif compétent (article 50.3.2 du CCAG Travaux 2009).

**Le décompte général et définitif n'est pas d'ordre public**. Le Conseil d'État a jugé que le décompte général définitif ne peut être opposé par le juge aux prétentions d'une partie. En l'espèce, à l'occasion de l'exécution financière d'un marché entre une société et le ministère de la Défense, un litige est né : la société réclame le paiement d'intérêts moratoires sur deux acomptes mensuels, lesdits intérêts n'ayant pas été repris dans le décompte général définitif. Saisie, la cour administrative d'appel s'est fondée « *d'office sur l'unicité et l'exhaustivité du décompte général pour rejeter les conclusions* [du requérant] *qui tendaient au versement d'intérêts moratoires sur des acomptes, qui n'y avaient pas été repris* [dans le décompte général définitif] ». La demande du requérant est rejetée. La société se pourvoit en cassation. La Haute Juridiction juge que la cour administrative d'appel, en statuant ainsi, a commis une erreur de droit. Par conséquent, le requérant est fondé à demander sur ce point l'annulation de l'arrêt attaqué. En effet, le Conseil d'État indique que « *si les parties à un marché public de travaux peuvent convenir que l'ensemble des opérations auxquelles donne lieu l'exécution de ce marché est compris dans un compte dont aucun élément ne peut être isolé et dont seul le solde, arrêté lors de l'établissement du décompte définitif, détermine leurs droits et obligations définitifs, elles n'y sont pas tenues* ». Il rajoute que « *dès lors, ni le caractère unique et exhaustif d'un tel compte ni son caractère définitif, qui ne sont pas d'ordre public, ne peuvent être opposés d'office par le juge aux prétentions d'une part*ie ». L'arrêt de la cour administrative d'appel est annulé en tant qu'il rejette les conclusions du requérant tendant au versement des intérêts moratoires sur les acomptes concernés. L'affaire est renvoyée sur ce point à la cour administrative d'appel (CE, 3 novembre 2014, Bancillon BTP).

***3. Schéma récapitulatif : notification et contestation du décompte général (CCAG 2009)****




* Consultations lancées à compter du 1er avril 2014.
** Absence de décision dans le délai de 30 jours : REJET de la réclamation

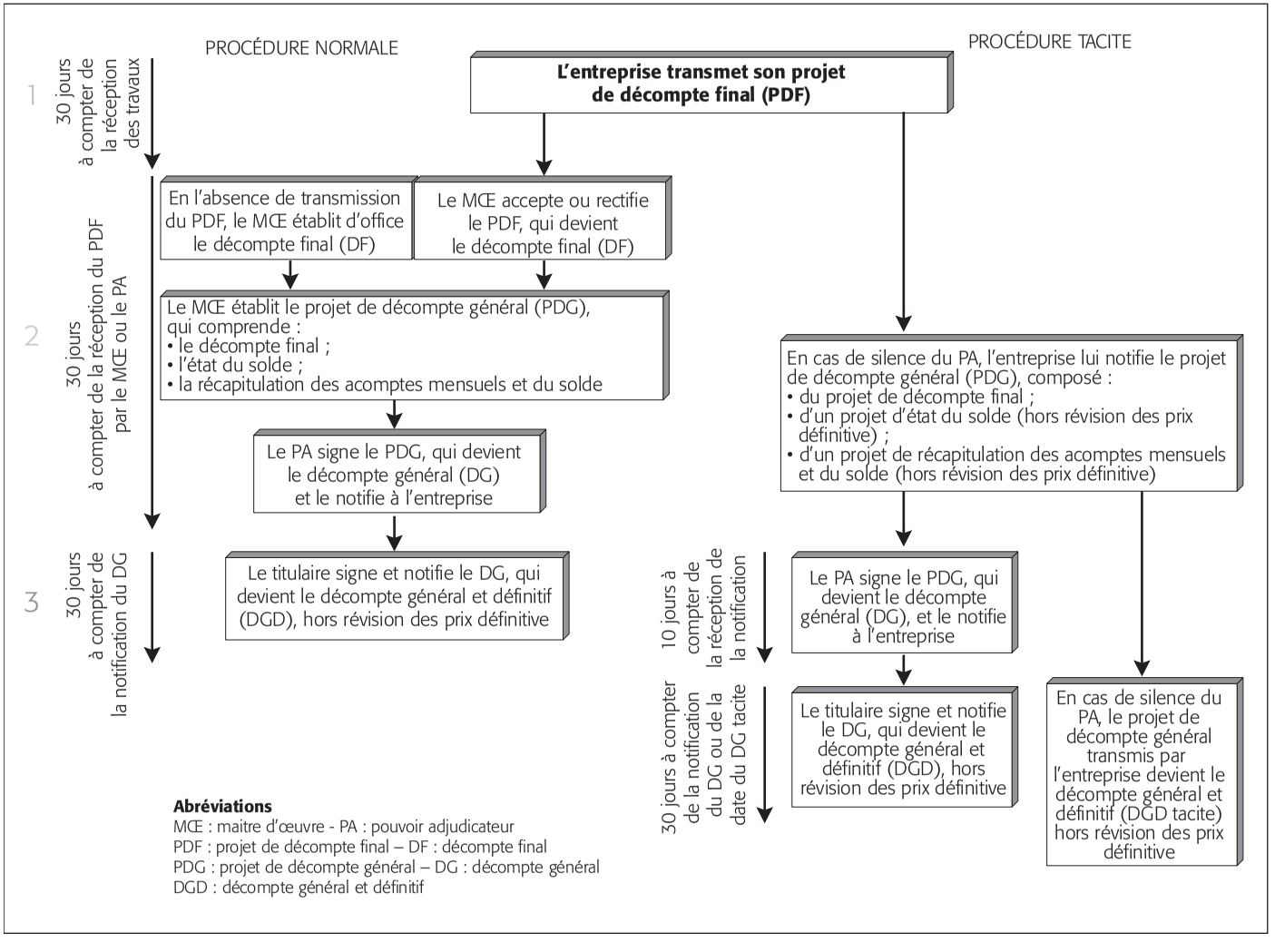
## 1.4.3. La procédure du DGD tacite

***Absence de notification du décompte général par le maître d'ouvrage : la procédure de DGD tacite***

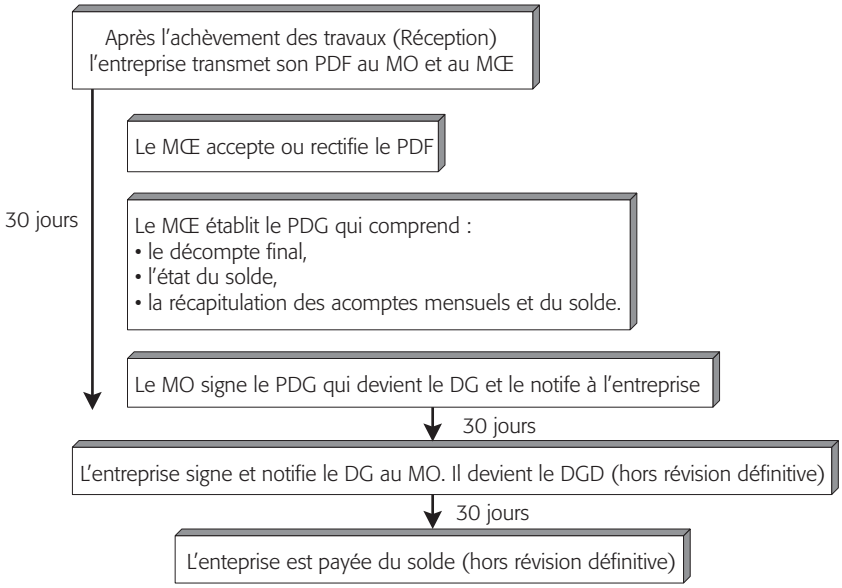
Le DGD tacite est entré en vigueur pour les marchés publics de travaux le 1er avril 2014. En l'absence de décompte général établi par le maître d'ouvrage dans les délais contractuels, le CCAG Travaux permet à l'entreprise d'avoir un DGD tacite et d'être payée sur la base de ce qu'elle estime lui être dû au titre du solde.

Sont concernés les marchés qui font expressément référence au CCAG Travaux 2009, qui n'y ont pas dérogé dans le CCAP et dont la consultation a été engagée ou pour lesquels un avis d'appel public à la concurrence a été envoyé à la publication après le 1er avril 2014.

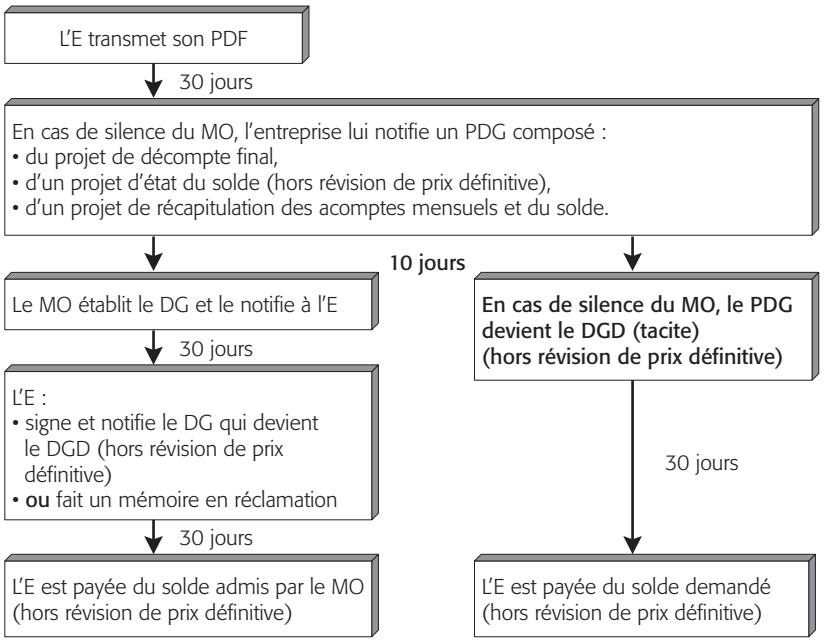
***La procédure de DGD tacite***


PROCÉDURE NORMALE
PROCÉDURE TACITE
L'entreprise transmet son projet de décompte final (PDF)
1
30 jours à compter de la réception des travaux
En l'absence de transmission du PDF, le MŒ établit d'office le décompte final (DF)
Le MŒ accepte ou rectifie le PDF, qui devient le décompte final (DF)
2
30 jours à compter de la réception du PDF par le MŒ ou le PA
Le MŒ établit le projet de décompte général (PDG), qui comprende :
• le décompte final ;
• l'état du solde ;
• la récapitulation des acomptes mensuels et du solde
Le PA signe le PDG, qui devient le décompte général (DG) et le notifie à l'entreprise
3
30 jours à compter de la notification du DG
Le titulaire signe et notifie le DG, qui devient le décompte général et définitif (DGD), hors révision des prix définitive
En cas de silence du PA, l'entreprise lui notifie le projet de décompte général (PDG), composé :
• du projet de décompte final ;
• d'un projet d'état du solde (hors révision des prix définitive) ;
• d'un projet de récapitulation des acomptes mensuels et du solde (hors révision des prix définitive)
10 jours à compter de la réception de la notification
Le PA signe le PDG, qui devient le décompte général (DG), et le notifie à l'entreprise
30 jours à compter de la notification du DG ou de la date du DG tacite
Le titulaire signe et notifie le DG, qui devient le décompte général et définitif (DGD), hors révision des prix définitive
En cas de silence du PA, le projet de décompte général transmis par l'entreprise devient le décompte général et définitif (DGD tacite) hors révision des prix définitive
Abréviations
MŒ : maitre d'œuvre - PA : pouvoir adjudicateur
PDF : projet de décompte final – DF : décompte final
PDG : projet de décompte général – DG : décompte général
DGD : décompte général et définitif

**CCAG-Travaux 2009**
**La procédure de paiement du solde**
Pour les consultations lancées à compter du 1er avril 2014


Après l'achèvement des travaux (Réception) l'entreprise transmet son PDF au MO et au MŒ
Le MŒ accepte ou rectifie le PDF
30 jours
Le MŒ établit le PDG qui comprend :
• le décompte final,
• l'état du solde,
• la récapitulation des acomptes mensuels et du solde.
Le MO signe le PDG qui devient le DG et le notife à l'entreprise
30 jours
L'entreprise signe et notifie le DG au MO. Il devient le DGD (hors révision définitive)
30 jours
L'enteprise est payée du solde (hors révision définitive)

**CCAG-Travaux 2009**
**La procédure de paiement du solde**
Pour les consultations lancées à compter du 1er avril 2014


L'E transmet son PDF
30 jours
En cas de silence du MO, l'entreprise lui notifie un PDG composé :
• du projet de décompte final,
• d'un projet d'état du solde (hors révision de prix définitive),
• d'un projet de récapitulation des acomptes mensuels et du solde.
10 jours
Le MO établit le DG et le notifie à l'E
30 jours
L'E :
• signe et notifie le DG qui devient le DGD (hors révision de prix définitive)
• ou fait un mémoire en réclamation
30 jours
L'E est payée du solde admis par le MO (hors révision de prix définitive)
En cas de silence du MO, le PDG devient le DGD (tacite) (hors révision de prix définitive)
30 jours
L'E est payée du solde demandé (hors révision de prix définitive)

Si le maître d'ouvrage ne notifie pas le décompte général (solde estimé dû par lui) dans les trente jours suivant l'envoi par l'entreprise de son projet de décompte final (solde estimé dû par l'entreprise), elle transmet alors son projet de décompte général au maître d'œuvre. Le projet de décompte général comprend le projet de décompte final, le projet d'état du solde hors révision de prix définitive et le projet de récapitulation des acomptes mensuels et du solde hors révision de prix définitive (article 13.4.4 du CCAG Travaux).

Si le maître d'ouvrage notifie le décompte général au titulaire dans un **délai de dix jours** à compter de la réception du projet de décompte général, la procédure de paiement suit normalement son cours. Le décompte général sera établi dans les conditions normales du CCAG Travaux. Cependant, l'entreprise aura ainsi permis de débloquer les choses en obligeant le maître d'ouvrage à notifier son décompte général.

**En revanche, si dans ce délai de dix jours**, le maître d'ouvrage n'a toujours pas notifié son décompte général, alors le projet de décompte transmis par l'entreprise devient automatiquement le décompte général et définitif, qui lie irrévocablement les parties. L'entreprise sera ainsi payée sur la base de son projet de décompte général, c'est-à-dire sur la base de ce qu'elle estime lui être dû au titre du solde du marché.

**Le délai de paiement du solde** (hors révision de prix définitive) court à compter du lendemain de l'expiration de ce délai de dix jours. Il est de trente jours maximum pour l'État et les collectivités territoriales et de cinquante jours maximum pour les hôpitaux.

### 1.4.4. Les effets du décompte général devenu définitif

#### *1. La réception est sans effet sur les droits et obligations financiers nés de l'exécution du marché*

L'arrêt du 6 avril 2007, « Centre hospitalier général de Boulogne-sur-Mer », déplace vers le DGD la ligne de partage entre la responsabilité décennale et la responsabilité contractuelle.

L'arrêt rappelle que la réception est l'acte par lequel le maître d'ouvrage déclare accepter l'ouvrage avec ou sans réserves et « *qu'elle met fin aux rapports contractuels entre le maître d'ouvrage et les constructeurs en ce qui concerne la réalisation de l'ouvrage* » (et qu'à ce titre elle interdit au maître d'ouvrage d'invoquer après coup les désordres apparents dont serait affecté l'ouvrage).

L'arrêt ajoute que la réception « *reste* ***sans effet sur les droits et obligations financiers nés de l'exécution du marché, à raison notamment de retards ou de travaux supplémentaires, la détermination de ces droits et obligations financiers intervenant définitivement lors de l'établissement du solde du décompte définitif.***

*Seule l'intervention du décompte général et définitif du marché a pour conséquence d'interdire au maître d'ouvrage toute réclamation à cet égard.* »

#### *2. Sans DGD, la responsabilité des constructeurs peut être recherchée*

**Même avec une réception sans réserves**, sans DGD, la responsabilité des constructeurs peut être recherchée en cas de surcoûts afférents à une opération de travaux. Le Conseil d'État considère que dans un litige relatif à des surcoûts afférents à une opération de travaux et non à des désordres affectant l'ouvrage, la réception sans réserves de celui-ci n'a aucun effet sur les obligations financières nées du contrat et ne fait pas obstacle à ce que la responsabilité des maîtres d'œuvre soit recherchée dès lors qu'aucun DGD n'est intervenu.

Faute d'avoir arrêté le DGD, chaque partie peut faire valoir à tout moment ses droits financiers rattachables au contrat, sous réserve des prescriptions applicables (CE, 14 mai 2008, OPAC de la Seine-Maritime).

### 1.4.5. Le caractère intangible du décompte accepté par les deux parties : le DGD

Un décompte accepté par les deux parties (le DGD) est définitif et ne peut être revu. Il est intangible.

Le principe d'intangibilité du DGD a été posé par la jurisprudence (CE, 16 octobre 1970, Trésorier-payeur général des Hauts-de-Seine et receveur municipal de Rueil-Malmaison).

En principe, le DGD est irrévocable et ne peut donc être contesté ni par le titulaire du marché, ni par le maître d'ouvrage, ni par l'assureur de l'une des parties (CE, Sect., 26 avril 1968, Compagnie assurances générales contre l'incendie et les explosions), ni par un créancier nanti (CE, 21 juin 1957, Banque commerciale privée et Étienne).

**Le décompte général qui n'a pas été contesté dans les formes requises par l'entreprise à qui il a été régulièrement notifié devient définitif, ce qui fait obstacle** aux réclamations ultérieures de l'entreprise, mais aussi **aux réclamations présentées ultérieurement par le maître d'ouvrage en vue du paiement de pénalités de retard et de dommages et intérêts** (CAA Bordeaux, 15 novembre 2007, Centre hospitalier Esquirol).

Le DGD peut toutefois être remis en cause par la volonté commune des parties (CE, 13 juillet 1961, Compagnie havraise de navigation à vapeur).

Lorsque la volonté n'émane que d'une des parties, le DGD peut être remis en cause dans les cas visés par l'article 1269 du nouveau Code de procédure civile, selon lequel aucune demande en révision de compte n'est recevable, sauf si elle est présentée en vue d'un redressement en cas :

- d'erreur ;
- d'omission ;
- ou de présentation inexacte.

Ce sont les erreurs matérielles dans le décompte lui-même qui sont susceptibles d'être prises en considération.

**La jurisprudence est très stricte quant à l'application de cette dérogation à la règle d'irrévocabilité du décompte accepté qui ne peut être admise que dans des cas très limités**.

Le juge administratif considère que le caractère définitif et irrévocable du DGD peut être écarté en cas de fraude ou de dol (CE, 2 décembre 1964, Société Rouzaud).

Il en est de même lorsqu'on a oublié de compter une prestation prévue et exécutée ou si la même prestation a été comptée deux fois, ou si une erreur de calcul purement matérielle a été commise.

En revanche, dès que l'erreur peut être regardée comme relevant d'une interprétation des clauses contractuelles, la rectification du décompte est impossible. Il en est ainsi lorsqu'il a été oublié d'appliquer une clause de révision de prix : dans ce cas, le décompte ne peut être recalculé (CE, 6 juin 1981, Comsip Entreprise).

Sous prétexte d'erreur, ne peuvent pas non plus être discutées la vérification des métrés ou quantités d'ouvrages, ou la qualité des matériaux.

Est écartée également par les tribunaux la demande de l'Administration fondée sur la constatation tardive du caractère abusivement favorable au contractant des clauses de rémunération inscrites dans le marché.

**L'acheteur public ne peut imposer à son cocontractant la restitution des sommes versées lorsque les prestations ont été réceptionnées sans réserves et payées intégralement**. En l'espèce, un Pôle emploi a conclu un marché à bons de commande ayant pour objet de faire suivre à ses personnels des formations dans le domaine de la sécurité. Saisie de l'affaire, la cour administrative d'appel constate que le marché conclu prévoyait qu'après réalisation des opérations de vérification, « *Pôle emploi devait réceptionner les prestations de formation délivrées par* [son cocontractant]*, le cas échéant en émettant des réserves ou en procédant à une réfaction du prix en cas de désaccord sur les prestations facturées* ». Elle constate également que Pôle emploi « *qui* […] *a réceptionné l'ensemble des prestations sans émettre de réserve ni procéder à quelque réfaction que ce soit et ayant admis être redevable des sommes en cause a payé les treize factures présentées sans discuter les montants réclamés, et ce jusqu'au terme de l'exécution du marché à bons de commande* ». Elle juge que « *le décompte des prestations de formation doit, dès lors, être regardé comme devenu définitif, à la date à laquelle Pôle emploi les a payées* ». La cour rappelle également « « *qu'un tel décompte ne peut plus être révisé, en vertu de l'article 1269 du Code de procédure civile, qu'en cas d'erreur matérielle, d'omission, de faux ou de double emploi* ». Elle considère que *« le mode de calcul utilisé pour déterminer le prix de chaque prestation ne peut être regardé comme entaché d'une erreur matérielle et n'entre dans aucun de ces cas* ». La demande de Pôle emploi est rejetée (CAA Bordeaux, 31 décembre 2014, Pôle emploi Limousin).

**La décision de la juridiction financière n'est pas opposable à l'entrepreneur et ne saurait le priver des droits qu'il tient du caractère définitif du décompte**. En marchés publics, la Cour des comptes est amenée parfois, en statuant sur les comptes d'un maître d'ouvrage, à sanctionner le comptable. Elle exige de ce dernier qu'il obtienne le reversement de sommes indûment payées à l'entrepreneur. Selon les tribunaux, une telle décision n'autorise pas l'Administration à émettre un ordre de versement à l'encontre de l'entrepreneur.

**Le DGD empêche l'appel en garantie du maître d'ouvrage**. Un maître d'ouvrage ne peut pas remettre en cause un décompte qu'il a signé pour obtenir d'être indemnisé des sommes qu'il a été condamné à payer à un sous-traitant en application de la loi du 31 décembre 1975. En l'espèce, le maître d'ouvrage avait versé à une entreprise l'intégralité de la somme due en exécution d'un marché de travaux. Cette somme avait été versée au vu d'un décompte général approuvé par les deux parties. La personne publique a cependant été condamnée à payer directement un sous-traitant qui avait exécuté une partie des travaux. Mais l'appel en garantie du maître d'ouvrage à l'égard de l'entreprise principale est rejeté jusque devant le Conseil d'État qui énonce que les conclusions d'appel en garantie tendaient nécessairement à remettre en cause le caractère intangible du décompte général approuvé par le maître d'ouvrage et ne pouvaient qu'être rejetées (CE, 30 juillet 2014, n° 364967).

**Portée du caractère définitif du décompte général et sort des intérêts dus sur les acomptes**. La cour administrative d'appel de Marseille a soulevé d'office le moyen selon lequel la société requérante ne pouvait, une fois le décompte général établi, demander le versement d'intérêts dus sur les acomptes, dès lors que ces sommes n'avaient pas été réclamées au stade du projet de décompte. Le Conseil d'État lui donne tort : « *Si les parties à un marché public de travaux peuvent convenir que l'ensemble des opérations auxquelles donne lieu l'exécution de ce marché est compris dans un compte dont aucun élément ne peut être isolé et dont seul le solde, arrêté lors de l'établissement du décompte définitif, détermine leurs droits et obligations définitifs, elles n'y sont*

*pas tenues ;* […] *dès lors, ni le caractère unique et exhaustif d'un tel compte ni son caractère définitif, qui ne sont pas d'ordre public, ne peuvent être opposés d'office par le juge* » (CE, 3 novembre 2014, n° 372040).

## 1.5. Cession ou nantissement des créances résultant des marchés publics

Le Code des marchés publics consacre une section entière à cette question (art. 106 et suiv.). La principale difficulté réside dans la délivrance de l'exemplaire unique en cas de sous-traitance ou lorsque le marché est exécuté en groupement d'entreprises.

### 1.5.1. L'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité

***Généralités***

Lorsqu'une entreprise est en situation de trésorerie négative et ne peut couvrir la totalité de ses besoins en fonds de roulement, elle doit solliciter un concours bancaire. Lorsque les besoins de l'entreprise sont à la fois de courte durée et de faible ampleur, ils seront en général couverts par une facilité de caisse ou une autorisation de découvert. En revanche, lorsque les besoins de l'entreprise deviennent permanents ou sont de forte ampleur, le banquier cherche généralement à couvrir son risque par une garantie.

La technique la plus fréquemment utilisée est la cession de créances, qui permet à l'entrepreneur d'obtenir le crédit qui lui est nécessaire en cédant à son banquier des créances qu'il détient. Cette technique, lorsqu'elle porte sur des créances publiques, obéit à des modalités spécifiques, même si elle est mise en œuvre dans le cadre de la loi « Dailly » du 2 janvier 1981 modifiée.

Le système de l'exemplaire unique vise à éviter, d'une part, que la même créance soit cédée ou nantie deux ou plusieurs fois, partiellement ou en totalité, d'autre part, qu'une entreprise ait la possibilité de céder (ou nantir) la créance d'une autre.

***Procédure***

L'organisme public, maître d'ouvrage contractant, remet un exemplaire du marché dit « exemplaire unique » au titulaire du marché, l'entreprise.

Cet exemplaire unique est une copie certifiée conforme (acte d'engagement et cahier des clauses administratives particulières [CCAP]) revêtue de la mention d'exemplaire unique signée par l'autorité contractante.

La formule d'exemplaire unique est la suivante : « Copie délivrée en unique exemplaire pour être remise en cas de cession ou de nantissement de créances ».

Le titulaire du marché, s'il décide de céder sa créance relative au marché à une banque ou à une autre entreprise, remet cet exemplaire unique à son cessionnaire.

Ce dernier notifie la cession au comptable assignataire de l'organisme public contractant.

Le cessionnaire (le banquier) fait parvenir l'exemplaire unique au comptable assignataire.

***Le certificat de cessibilité***

Le titulaire du marché peut aussi se voir délivrer un document de même valeur que la copie du marché : le certificat de cessibilité. Le certificat de cessibilité a été introduit par le code de 2006 : il constitue avant tout un substitut interchangeable avec « l'exemplaire unique » du marché fourni par le pouvoir adjudicateur.

Le régime et le contenu du certificat de cessibilité ont été fixés par l'arrêté du ministre de l'Économie du 28 août 2006. La dématérialisation du certificat de cessibilité, établi selon un modèle électronique, s'effectue suivant les modalités prévues par un arrêté (à paraître).

***En cas de sous-traitance***

En cas de sous-traitance donnant lieu à paiement direct, et sans délivrance d'un certificat de cessibilité, la mention d'exemplaire unique est complétée par la mention suivante : « En ce qui concerne la partie des prestations évaluées à [montant exprimé en lettres] x euros et que le titulaire n'envisage pas de confier à des sous-traitants bénéficiant du paiement direct ».

Lorsque le titulaire décide finalement d'exécuter lui-même davantage ou moins de prestations, l'acheteur public doit récupérer son exemplaire unique pour l'annoter.

Si les prestations qu'il exécute sont plus importantes que prévu et que l'exemplaire unique initial ne peut être récupéré, un exemplaire unique « complémentaire » lui est délivré.

En revanche, il n'est pas possible de permettre au titulaire de confier davantage à un sous-traitant payé directement (ou de prendre un sous-traitant supplémentaire payé directement) si son exemplaire unique ou le certificat de cessibilité n'a pu être récupéré pour être annoté, à moins :

- qu'il ne produise un certificat de son cessionnaire attestant que les cessions qu'il a consenties au titre de ce marché ne font pas obstacle au paiement direct du sous-traitant ;
- qu'il ne fournisse une mainlevée de son cessionnaire à hauteur des sommes dont il augmente la sous-traitance.

Dans l'hypothèse où l'augmentation des prestations confiées au sous-traitant correspondrait à une augmentation de la masse initiale des prestations prévues au marché, l'exemplaire unique du titulaire ne devrait pas être récupéré, puisqu'aucun changement n'interviendrait dans le montant des prestations qu'il exécute.

***Dans le cas d'un groupement conjoint***

Dans la mesure où les prestations exécutées par chacune des entreprises sont individualisées dans le marché et où les règlements sont effectués directement au compte ouvert au nom de chacun d'eux, il convient de délivrer à chacune des entreprises composant le marché un exemplaire unique ou le certificat de cessibilité limité au montant des prestations qui lui sont confiées.

***Dans le cas d'un groupement solidaire***

Dès lors que les prestations réalisées par les entreprises composant le groupement ne sont pas individualisées et qu'elles sont payées sur un compte unique ouvert au nom du groupement, il convient de délivrer l'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité au nom du groupement.

Si, en revanche, les prestations sont individualisées et les règlements effectués au nom de chacune des entreprises composant le groupement, un exemplaire unique ou le certificat de cessibilité est délivré à chaque entreprise correspondant à la part des prestations qu'elle exécute.

Cependant, s'il y a lieu, en cours d'exécution du marché, de procéder à une répartition des prestations et de ne plus payer les entreprises sur le compte unique (par exemple, si l'une des entreprises fait l'objet d'un avis à tiers détenteur), il est nécessaire de récupérer l'exemplaire unique initialement délivré et de délivrer à chacune des entreprises du groupement un exemplaire unique ou le certificat de cessibilité limité au montant des prestations qu'elle doit exécuter.

Au cas où l'exemplaire unique ne pourrait être restitué, par exemple parce qu'il est entre les mains du comptable assignataire, une cession lui ayant été notifiée, il n'est pas possible de délivrer à chacune des entreprises un nouvel exemplaire unique limité tant qu'une mainlevée à hauteur des sommes correspondant aux prestations restant à exécuter n'a pas été produite.

Pour limiter, en cas de cotraitance, l'exemplaire unique délivré à une entreprise aux seules prestations qu'elle exécute, la mention d'exemplaire unique ci-dessus est complétée par la mention suivante : « En ce qui concerne la partie des prestations évaluées à [montant exprimé en lettres] x euros (somme portée au marché) et devant être exécutée par [nom ou raison sociale du cotraitant] ».

### 1.5.2. Les cessions (ou nantissements)

Les cessions les plus fréquentes sont celles issues de la loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 modifiée, dite loi « Dailly », dont les dispositions sont désormais reprises dans le Code monétaire et financier.

Dans ce cadre, la cession ou le nantissement de créances résultant de l'exécution de marchés s'effectue par un bordereau dénommé « acte de cession » ou « acte de nantissement de créances » remis par le titulaire du marché à l'établissement de crédit cessionnaire.

Une créance relative à un marché public peut tout aussi valablement faire l'objet d'une cession de droit commun, auprès d'une autre entreprise, par exemple.

**Le nantissement** désigne, par exemple, l'opération au cours de laquelle le titulaire du marché donnera en gage les créances qu'il possède sur l'Administration contractante (c'est-à-dire le pouvoir adjudicateur devant lui payer les prestations fournies) à une banque. En conséquence, le créancier nanti (la banque) pourra obtenir le paiement directement du débiteur (le pouvoir adjudicateur).

**La cession** désigne l'opération par laquelle le cédant (c'est-à-dire le titulaire du marché) transférera sa créance sur le débiteur cédé (le pouvoir adjudicateur) à un cessionnaire (la banque). Contrairement au nantissement, la cession de créance fait sortir la créance du patrimoine du titulaire du marché au profit du prêteur, ce qui emporte des conséquences pratiques significatives.

#### *La notification de la cession*

Pour tous les organismes dotés d'un comptable public, la notification doit obligatoirement, comme toute opposition, être faite entre les mains de ce comptable.

C'est la raison pour laquelle il est nécessaire d'annoter l'exemplaire unique en cas de modification du comptable : le cessionnaire éventuel doit savoir à qui notifier la cession.

La cession est notifiée dans les formes requises par le type de cession utilisé : lettre recommandée avec avis de réception postal pour la cession « Dailly », désormais visée par le Code monétaire et financier, signification par acte d'huissier pour la cession de droit commun.

L'article 313-27 du Code monétaire et financier prévoit que la cession ou le nantissement « Dailly » prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date portée sur le bordereau.

#### *Le paiement d'une créance cédée*

L'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité doit être produit au comptable public afin qu'il puisse désintéresser le cessionnaire. Faute de cette production, il n'y a guère qu'une décision de justice qui permettra de dénouer la situation.

En effet, lorsqu'un cessionnaire ne peut produire l'exemplaire unique correspondant à la cession qui lui est consentie, le risque est grand pour que cet exemplaire unique ait déjà été remis à un tiers dans le cadre d'une cession de la même créance.

Cela étant, l'exemplaire unique n'est pas obligatoirement joint à la notification de la cession. Il suffit qu'il lui ait été transmis lorsque l'ordonnateur lui a fait parvenir le mandat, un paiement portant sur la créance cédée.

Toutefois, afin de ne pas retarder les paiements, il est recommandé au cessionnaire de joindre à la notification de la cession ou du nantissement de créances l'exemplaire unique du marché que le cédant lui aura remis.

#### *Les mandatements sont faits à l'ordre du titulaire du marché*

Après notification de la cession (ou du nantissement), les paiements sont effectués par le comptable au seul profit du cessionnaire (ou du titulaire du nantissement) pour le montant de la créance ou de la part de la créance qui lui a été cédée ou donnée en nantissement.

Les paiements sont valablement effectués par le comptable public au titulaire du marché entre la date du bordereau et celle de sa notification.

Le cessionnaire ou le bénéficiaire d'un nantissement peut transmettre à un tiers tout ou partie de la créance qu'il détient sur le titulaire du marché, qu'il s'agisse d'une cession ou d'un nantissement issu de la loi « Dailly » ou d'une cession ou d'un nantissement de droit commun.

Une cession (ou un nantissement) « Dailly » se transmet par voie d'endos total ou partiel du bordereau de cession ou de nantissement.

La transmission est portée à la connaissance du comptable assignataire de la dépense par le bénéficiaire de la transmission selon les mêmes formes que la notification de la cession ou du nantissement (lettre recommandée avec avis de réception postal ou tout autre moyen permettant de donner date certaine – télex… – pour la cession « Dailly », signification d'huissier pour la cession de droit commun).

Pour la cession « Dailly », la notification doit faire mention de l'endos.

La notification de la transmission doit reprendre toutes les mentions utiles à la notification de la créance cédée ou nantie concernée.

Pour la cession « Dailly », ces mentions sont celles qui figurent à l'annexe III du décret du 9 septembre 1981 modifié par le décret du 3 décembre 1985.

### 1.5.3. Les nantissements sont primés par certains privilèges

Ces privilèges sont les suivants :

- le privilège des frais de justice ;
- le privilège relatif au paiement des salaires et de l'indemnité de congés payés en cas de faillite ou de règlement judiciaire institué par les articles L. 143-10 et L. 143-11 du Code du travail ;
- le privilège dit « de pluviôse » (cf. *infra*) résultant, au profit des ouvriers et fournisseurs des entrepreneurs de travaux publics, de l'article L. 143-6 du Code du travail ;
- les privilèges conférés au Trésor par les lois en vigueur ;
- le privilège conféré aux propriétaires des terrains occupés pour cause de travaux publics par la loi du 29 décembre 1892 sur les dommages causés à la propriété privée par l'exécution des travaux publics.

#### *Le privilège « de pluviôse »*

Le privilège de pluviôse, qui résulte des dispositions de l'article L. 143-6 du Code du travail, confère aux fournisseurs d'entrepreneurs « *de tous travaux ayant le caractère de travaux publics* » un droit de paiement préférentiel sur tout autre créancier à raison des créances qu'ils détiennent sur lesdites entreprises au titre des fournitures et matériaux qu'ils apportent pour l'exécution du marché public.

Ce privilège est quelquefois utilisé par les sous-traitants.

Le Conseil d'État a rendu, le 9 juillet 1996, un avis relatif à l'exercice du privilège dit « de pluviôse ».

Le Conseil d'État a abouti aux conclusions suivantes :

- la revendication du privilège par le fournisseur vise, dans un premier temps, à empêcher la personne publique de se dessaisir des fonds et, par la suite, à en obtenir le paiement en lieu et place de l'entreprise titulaire de « tous travaux ayant le caractère de travaux publics » ;
- le comptable public assignataire des paiements n'est pas chargé de veiller au respect du privilège. C'est au fournisseur qu'il appartient d'assurer l'efficacité de son privilège en engageant des mesures conservatoires qui, seules, interdiront au comptable public, auquel elles seront notifiées dans le respect de la réglementation en vigueur, de se dessaisir des fonds, ou des mesures d'exécution qui, seules, lui permettront de payer le fournisseur.

Il en résulte que seule une saisie conservatoire a pour effet d'interdire au comptable public de se dessaisir des fonds ; une saisie-attribution autorise et oblige le comptable public à payer le fournisseur privilégié.

Par exception, et en l'absence de toute mesure conservatoire ou d'exécution, le comptable peut toutefois se dessaisir des fonds, dans le cadre d'une procédure amiable, au cas où les deux conditions cumulatives suivantes sont remplies :

- les fonds dus au titre du marché suffisent à désintéresser le fournisseur et les tiers saisissants éventuels ;
- un accord écrit entre l'entrepreneur et son fournisseur, substituant ce dernier au premier en qualité de créancier, est adressé au comptable.

Le Code des marchés publics réserve le privilège de pluviôse aux seuls fournisseurs qui ont été agréés par la personne publique contractante, dans des conditions fixées par décret. De plus,

le privilège ne porte que les fournitures livrées postérieurement à la date à laquelle la demande d'agrément est parvenue à l'autorité compétente.

L'agrément donné au fournisseur concerné importe particulièrement dans la mesure où il lui permet, s'il n'est pas payé par l'entreprise (titulaire du marché ou sous-traitant payé directement) qui lui a commandé les matériaux, d'être désintéressé des sommes qui lui sont dues par préférence au titulaire d'un nantissement.

Le fournisseur susceptible de se prévaloir du privilège de pluviôse, pour bénéficier d'une telle préférence, doit avoir été agréé par la personne publique elle-même dans des conditions fixées par décret.

En effet, la personne publique qui a passé le marché est, plus que quiconque, à même de s'assurer que les matériaux fournis par tel fournisseur ont bien été utilisés dans le cadre de ce marché.

# 2. Marchés privés : les délais de paiement plafonnés dans les marchés de travaux entre professionnels

## 2.1. Les conditions de paiement à respecter entre professionnels privés

Dans les contrats conclus depuis le 1er janvier 2009, un délai maximal de paiement de quarante-cinq jours fin de mois ou de soixante jours calendaires (à compter de la date d'émission de la facture) doit être respecté par le débiteur. C'est une obligation d'ordre public prévue par l'article L. 441-6 du Code de commerce, précisée dans le secteur des travaux par l'article L. 111-3-1 du Code de la construction et de l'habitation (loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 modifiée par l'article 123 de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, dite « loi Hamon »).

L'article L. 111-3-1 du Code de la construction et de l'habitation est ainsi rédigé :

> *Les prestations qui ont donné lieu à un commencement d'exécution des marchés privés mentionnés au 3° de l'article 1779 du Code civil* ***ouvrent droit à des acomptes****. Sauf pour l'acompte à la commande, le montant d'un acompte ne peut excéder la valeur des prestations auxquelles il se rapporte.* ***Les demandes d'acomptes sont émises à la fin du mois de la réalisation de la prestation****.*
> ***Le délai de paiement*** *convenu pour le règlement* ***des acomptes mensuels et du solde*** *des marchés privés mentionnés au premier alinéa du présent article* ***ne peut dépasser le délai*** *prévu au neuvième alinéa du I* ***de l'article L. 441-6*** *du Code de commerce. Ce délai ne s'applique pas à l'acompte à la commande, qui est payé selon les modalités prévues au marché.*
> *Si le maître d'ouvrage recourt à un maître d'œuvre ou à tout autre prestataire dont l'intervention conditionne le règlement des acomptes mensuels,* ***le délai d'intervention du maître d'œuvre*** *ou du prestataire* ***est inclus dans le délai de paiement de ces acomptes mensuels****. Le maître d'œuvre ou le prestataire habilité à recevoir les demandes de paiement est tenu de faire figurer dans l'état qu'il transmet au maître d'ouvrage en vue du règlement la date de réception ou de remise de la demande de paiement de l'entreprise.*
> ***En cas de dépassement du délai de paiement*** *mentionné au deuxième alinéa du présent article,* ***le titulaire*** *du marché* ***peut suspendre l'exécution des travaux*** *ou des prestations après mise en demeure de son débiteur restée infructueuse à l'issue d'un délai de quinze jours.*

*Le présent article est applicable aux* ***marchés privés conclus entre professionnels soumis au Code de commerce et aux contrats de sous-traitance*** *régis par la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance.*

### 2.1.1. Quels sont les clients visés par ce dispositif ?

**Tous les contrats de travaux privés** conclus par les entreprises **avec des donneurs d'ordre soumis au Code de commerce sont visés par ce dispositif** : industriels, commerçants, promoteurs, professions libérales, contractants généraux, entreprises principales, etc.

**Les marchés de travaux conclus par des SCI sont régis par ces dispositions**. Les règles en matière de délai de paiement instituées par le Code de commerce s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services. Les sociétés civiles immobilières (SCI) ou de construction-vente (SCCV), qui exercent une activité économique en dépit de leur régime de droit civil, sont soumises aux dispositions du Code de commerce encadrant les délais de paiement.

**Les marchés de travaux conclus par des SA d'HLM sont régis par ces dispositions**. En effet, les SA d'HLM sont des maîtres d'ouvrage professionnels privés soumis au Code de commerce. Les règles de l'article L. 111-3-1 du CCH s'appliquent. Cependant, les SA d'HLM sont des « entreprises publiques » soumises au délai de paiement de 60 jours à compter de la date de réception de la demande de paiement par le maître d'œuvre. **Mais, les offices publics de l'habitat (OPH)** sont des maîtres d'ouvrage publics. Ils **ne sont pas concernés par l'article L. 111-3-1 du CCH.** Leur délai de paiement est de 30 jours (décret n° 2013-269 du 29 mars 2013).

**Les contrats de sous-traitance sont également visés par ces dispositions**. Le dernier alinéa de l'article L. 111-3-1 du CCH prévoit que cet article est applicable aux contrats de sous-traitance régis par la loi n° 75-1134 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance. Les conditions de paiement prévues au contrat doivent donc respecter le délai maximal de paiement de 45 jours fin de mois ou de 60 jours calendaires.

***Quid*** **des marchés de travaux conclus avec des consommateurs ?** Ces marchés ne sont pas soumis au Code de commerce. Avec un consommateur, l'entrepreneur fixe librement ses conditions de règlement. Accorder un délai de paiement n'est pas obligatoire, c'est une faculté donnée aux clients. Négocier avec un particulier un acompte à la commande et un règlement de facture à 15 jours est parfaitement légal.

**L'entrepreneur a-t-il le droit d'établir des situations mensuelles ?** L'article L. 111-3-1 du CCH consacre la pratique des situations mensuelles de travaux. Le marché de travaux doit permettre à l'entrepreneur d'émettre à la fin de chaque mois une demande d'acompte. En effet, le premier alinéa de l'article L. 111-3-1 du CCH indique que « *les prestations qui ont donné lieu à un commencement d'exécution des marchés privés mentionnés au 3° de l'article 1779 du Code civil ouvrent droit à des acomptes. Sauf pour l'acompte à la commande, le montant d'un acompte ne peut excéder la valeur des prestations auxquelles il se rapporte. Les demandes d'acomptes sont émises à la fin du mois de la réalisation de la prestation.* »

### 2.1.2. Comment doivent être payés les travaux ?

Les conditions de paiement sont en principe déterminées par l'entreprise dans ses conditions générales, prévoyant, par exemple, un délai de paiement à trente jours. Après négociation, l'entreprise peut accepter un délai de paiement plus long. Mais le délai convenu par les parties

ne peut excéder quarante-cinq jours fin de mois ou soixante jours calendaires, délai maximum qui s'applique à toutes les demandes de paiement : acomptes mensuels et solde.

> **Art. L. 441-6, 9e alinéa, du Code de commerce** *: Le délai convenu entre les parties pour régler les sommes dues ne peut dépasser 45 jours fin de mois ou 60 jours à compter de la date d'émission de la facture.*

> **Art. L. 111-3-1 du Code de la construction et de l'habitation** *: Les délais de paiement convenus pour le règlement des acomptes mensuels et du solde des marchés de travaux privés mentionnés au 3° de l'article 1779 du Code civil ne peuvent dépasser le délai prévu au neuvième alinéa du I de l'article L. 441-6 du Code de commerce.*

Si le contrat n'a pas prévu de délai de paiement, un délai de trente jours fixé par le Code de commerce s'applique par défaut :

> **Art. L. 441-6, 8e alinéa, du Code de commerce** *: Sauf dispositions contraires figurant aux conditions de vente ou convenues entre les parties, le délai de règlement des sommes dues est fixé au 30e jour suivant la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation demandée.*

**L'entreprise a-t-elle droit à un acompte à la commande ?** Contrairement aux marchés publics, un acompte à la commande (avance) n'est pas obligatoire dans les marchés privés. L'entreprise n'y aura donc droit que si cet acompte est prévu dans ses conditions générales acceptées par le client ou dans le contrat signé par les deux parties.

**Lorsqu'un acompte à la commande est prévu, dans quel délai est-il versé ?** Lorsqu'il est prévu, l'acompte à la commande doit être payé par le client le plus vite possible.

Étant donné que cet acompte a pour but de préfinancer une partie des achats et de la fabrication des ouvrages, il doit être à l'entrepreneur si possible dès la conclusion du contrat. La loi renvoie sur ce point aux modalités prévues au marché :

> **Art. L. 111-3-1 du Code de la construction et de l'habitation** *: Ce délai ne s'applique pas à l'acompte à la commande, qui est payé selon les modalités prévues au marché.*

**Quel est le délai de paiement des factures périodiques ?** L'article L. 441-6 du Code de commerce fixe un délai plafond de quarante-cinq jours net, à compter de la date d'émission de la facture, pour le paiement des factures périodiques.

L'article 289-I-3 du Code général des impôts définit la facture périodique ou récapitulative : « *Elle* [la facture] *peut être établie de manière périodique pour plusieurs livraisons de biens ou prestations de services distinctes réalisées au profit d'un même acquéreur ou preneur pour lesquelles la taxe devient exigible au cours d'un même mois civil. Cette facture est établie au plus tard à la fin de ce même mois.* »

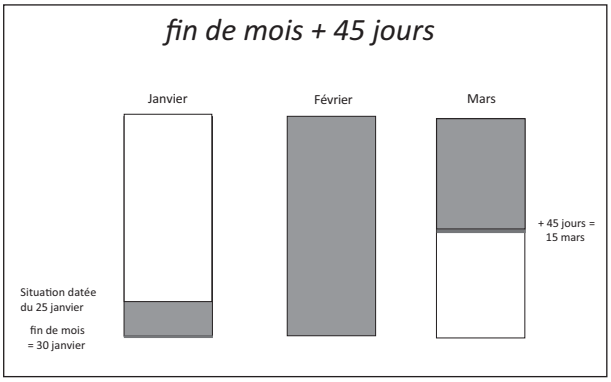
La facture périodique concerne ainsi les entreprises qui réalisent plusieurs opérations au profit d'un même client au cours du même mois civil. Cette situation est fréquente dans les relations des entreprises avec leurs fournisseurs de matériaux et matériels de construction, qui attendent la fin du mois pour demander le paiement de ventes intervenues tout au long dudit mois.

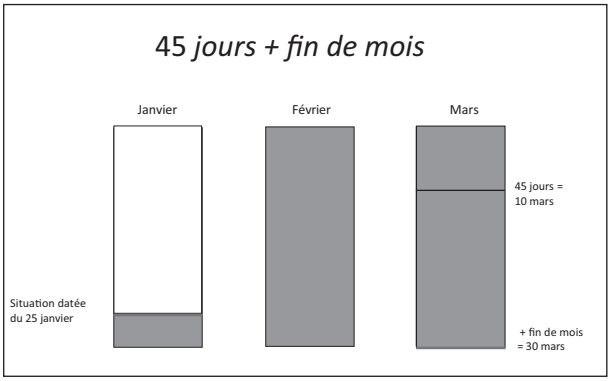
> **Art. L. 441-6 I, 5e** *alinéa du Code de commerce : Le délai convenu entre les parties pour régler les sommes dues ne peut dépasser quarante-cinq jours fin de mois ou soixante jours à compter de la date d'émission de la facture. En cas de facture périodique, au sens du 3 du I de l'article 289 du Code général des impôts, ce délai ne peut dépasser quarante-cinq jours à compter de la date d'émission de la facture.*

**Comment est compté le délai « quarante-cinq jours fin de mois » ?** Le point de départ du délai maximum de paiement est la date d'émission de la demande de paiement (demande d'acompte mensuel ou demande de solde).

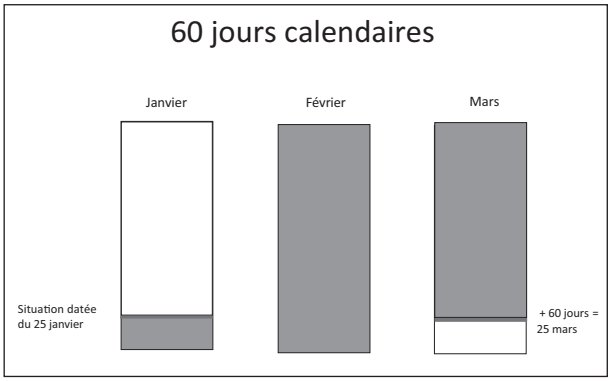
Deux modes de computation du délai de quarante-cinq jours fin de mois sont possibles. L'usage le plus répandu consiste à aller à la fin du mois d'émission de la facture, puis à comptabiliser quarante-cinq jours. Mais un autre mode de computation du délai est possible : il consiste à comptabiliser les quarante-cinq jours à compter de la date d'émission de la facture, la limite de paiement intervenant à la fin du mois civil au cours duquel expirent ces quarante-cinq jours.

Par commodité, on compte trente jours pour tous les mois de l'année.




**Comment est compté le délai « soixante jours à compter de la date d'émission de la facture » ?** Il suffit d'ajouter soixante jours à la date d'émission de la facture pour déterminer la date de paiement.




*À noter*

Lorsque, dans le marché, le délai de paiement court à compter de la réception (et non de l'émission) des demandes de paiement des entreprises, le marché doit fixer un délai contractuel de règlement inférieur à soixante jours permettant ainsi un règlement effectif ne dépassant pas le délai légal de soixante jours calendaires comptés à partir de l'émission de la facture.

**Qui choisit entre quarante-cinq jours fin de mois et soixante jours calendaires ?** C'est un choix qui relève de la liberté contractuelle des opérateurs économiques. Mais le contrat ne peut instaurer une modalité de paiement plus tardive que le délai légal.

**Que faire si les conditions de règlement figurant dans le marché prévoient un délai de paiement supérieur ?** Ces conditions de règlement sont illégales, même si elles ont été acceptées par l'entreprise lors de la signature du marché.

L'entrepreneur doit dénoncer auprès de son client (maître de l'ouvrage ou entreprise principale) les conditions de paiement contraires à la loi, pour qu'il rectifie les termes du contrat. À défaut, ces conditions de règlement sont nulles et c'est le délai de trente jours prévu par le Code de commerce qui s'applique.

**Le délai de vérification du maître d'œuvre est-il inclus dans le délai de paiement ?** Oui. Si le maître de l'ouvrage charge un maître d'œuvre de l'assister pour le règlement des comptes, il doit veiller à ce que le délai de vérification du maître d'œuvre soit compatible avec le respect du délai de paiement. En outre, le maître d'œuvre est tenu de faire figurer dans l'état qu'il transmet au maître d'ouvrage, en vue du règlement, la date de réception du paiement de l'entreprise. L'article L. 111-3-1 (3e alinéa) du CCH prohibe toute clause ou pratique consistant à caler le délai de paiement des acomptes mensuels sur la date de validation des situations par le maître d'œuvre : le délai de paiement court de la réception par le maître d'œuvre de la demande de paiement de l'entreprise : « *Si le maître d'ouvrage recourt à un maître d'*œuvre ou à tout autre prestataire dont l'*intervention conditionne le règlement des acomptes mensuels, le délai d'intervention du maître d'*œuvre ou du prestataire est inclus dans le délai de paiement de ces acomptes mensuels. Le maître d'œuvre ou le prestataire habilité à recevoir les demandes de paiement est tenu de faire figurer dans l'état qu'*il transmet au maître d'ouvrage en vue du règlement la date de réception ou de remise de la demande de paiement de l'entreprise.* »

*À noter*

La norme Afnor NF P 03.001 (cahier des clauses administratives générales applicable aux marchés de travaux privés) prévoit un délai de vérification maximum de quinze jours.

**Que se passe-t-il si le maître d'œuvre n'a pas transmis la facture au maître de l'ouvrage ?** Le retard de paiement de la facture donne droit à des pénalités de retard dues par le client, et à la suspension des travaux en cours (dans des conditions précisées *infra*).

En cas de retard de paiement imputable au maître d'œuvre, le maître de l'ouvrage doit se retourner contre le maître d'œuvre responsable du retard.

**Sous quelle forme l'entrepreneur doit-il envoyer ses demandes de paiement ?** Le contrat prévoit souvent les modalités de transmission des situations mensuelles et du décompte relatif au solde (mémoire définitif). Quelles que soient les stipulations du contrat, l'entrepreneur doit être payé dans le respect du délai contractuel (au plus tard, quarante-cinq jours fin de mois ou soixante jours calendaires).

La remise des demandes de paiement contre récépissé ou leur envoi par lettre recommandée avec avis de réception ne s'impose pas. Ce formalisme peut cependant être utile pour prouver la réception de la facture par le maître de l'ouvrage ou le maître d'œuvre et lui donner une date certaine.

**Le client ou le maître d'œuvre peut-il faire refaire la facture par l'entreprise ?** Non. Le client, ou son maître d'œuvre, doit accepter ou rectifier la situation de l'entreprise sans exiger qu'elle la refasse en cas de correction. Cette demande est incompatible avec le respect des délais de paiement.

**La retenue de garantie est-elle compatible avec ces règles ?** Selon la loi du 16 juillet 1971 d'ordre public, les paiements des acomptes peuvent être amputés d'une retenue égale au plus à 5 % de leur montant. La retenue de garantie n'est applicable que si elle est prévue au contrat. Elle a pour seul objet de garantir le client que l'entreprise procédera aux travaux nécessaires à la levée des réserves faites à la réception. Si l'entreprise ne fournit pas de caution bancaire pour remplacer la retenue de garantie, celle-ci sera déduite au fur et à mesure du paiement des acomptes mais le client devra consigner les sommes correspondant à la retenue de garantie auprès d'un tiers désigné par les parties.

> **Art. 1er, 2e alinéa, loi n° 71-584 du 16 juillet 1971, tendant à réglementer les retenues de garantie en matière de marchés de travaux définis par l'article 1779-3° du Code civil** *: Le maître de l'ouvrage [ou l'entreprise principale en cas de sous-traitance] doit consigner entre les mains d'un consignataire, accepté par les deux parties ou à défaut désigné par le président du tribunal de grande instance ou du tribunal de commerce, une somme égale à la retenue effectuée.*

## 2.2. Les sanctions des retards de paiement entre professionnels privés

Le marché de travaux ou le contrat de sous-traitance est un contrat prévoyant des obligations réciproques pour les deux parties : pour l'essentiel, exécuter les travaux convenus pour l'entrepreneur et payer les travaux exécutés pour le client.

Le non-respect de l'obligation de payer les travaux peut être sanctionné par l'entrepreneur de plusieurs façons.

### 2.2.1. Les pénalités de retard de paiement

**Qui fixe le taux d'intérêt applicable en cas de retard de paiement ?** Le taux d'intérêt des pénalités de retard et les conditions d'application doivent être fixés par les parties dans le

contrat. Le taux ne peut être inférieur à trois fois le taux d'intérêt légal. À défaut d'indication, le taux est égal au taux appliqué par la Banque centrale européenne majoré de dix points de pourcentage.

> **Art. L. 441-6, 12e alinéa, du Code de commerce** *: Les conditions de règlement doivent obligatoirement préciser les conditions d'application et le taux d'intérêt des pénalités de retard exigibles le jour suivant la date de règlement figurant sur la facture dans le cas où les sommes dues sont réglées après cette date. Sauf disposition contraire qui ne peut toutefois fixer un taux inférieur à trois fois le taux d'intérêt légal, ce taux est égal au taux d'intérêt appliqué par la Banque centrale européenne à son opération de refinancement la plus récente majoré de dix points de pourcentage. Les pénalités de retard sont exigibles sans qu'un rappel soit nécessaire.*

**Comment sont calculées les pénalités de retard de paiement ?** Les pénalités sont exigibles le jour suivant la date de règlement figurant sur la facture. Dans les marchés publics, la réglementation prévoit des « intérêts moratoires » en fonction du nombre de jours de retard. Dans les marchés privés entre professionnels, la pénalité de retard de paiement est due dès le premier jour de retard.

La formule de calcul est donc la suivante :

| | |
|---|---|
| $P = M \times T$<br>où :<br>• P est le montant de la pénalité<br>• M est le montant des sommes TTC payées avec retard<br>• T est le taux de la pénalité | Taux applicable :<br>• Taux prévu au marché, au minimum égal à 3 fois le taux de l'intérêt légal (soit 3 x 0,93 % = 2,79 % pour le 1er semestre de l'année 2015).<br>• Taux BCE + 10 si aucun taux prévu au marché (soit 10,05 % pour le 1er semestre 2015<br>• Taux applicable au marché se référant à la norme Afnor NF P 03-001 : taux de l'intérêt légal augmenté de sept points, soit 7,93 % pour le 1er semestre 2015. |

*À noter*

La pénalité de retard est exigible sans qu'un rappel soit nécessaire.

**Le client peut-il déroger à ces règles dans le contrat ?** Non. Ces règles sont d'ordre public, elles sont donc obligatoires, et les clauses contraires sont nulles. Le client qui soumet l'entreprise à des conditions de règlement contraires à la loi peut être condamné à des dommages et intérêts, en plus des pénalités dues en cas de retard de paiement. Il existe dans le Code de commerce un article spécifique pour sanctionner ces pratiques abusives.

> **Art. L. 442-6 du Code de commerce** *: I.- Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers : […]*
> *7° De soumettre un partenaire à des conditions de règlement qui ne respectent pas le plafond fixé au neuvième alinéa de l'article L. 441-6 ou qui sont manifestement abusives, compte tenu des bonnes pratiques et usages commerciaux, et s'écartent au détriment du créancier, sans raison objective, du délai indiqué au huitième alinéa de l'article L. 441-6. Est notamment abusif le fait, pour le débiteur, de demander au créancier, sans raison objective, de différer la date d'émission de la facture ; […]*

**Qu'est-ce que l'indemnité forfaitaire de 40 €** ? Les retards de paiement dans les relations entre professionnels donnent droit au paiement d'une indemnité de 40 €. L'Administration a apporté des précisions sur cette obligation. Depuis le 1er janvier 2013, tout professionnel en

retard de paiement est automatiquement débiteur à l'égard de son créancier d'une somme pour frais de recouvrement de 40 € (montant qui peut être supérieur sur justificatif). Le principe de cette indemnité doit être rappelé dans les conditions générales de l'entreprise ainsi que dans ses factures aux clients professionnels, sous peine de sanctions pénales. La Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DDCCRF) a précisé, par note du 1er février 2013, les obligations des entreprises en la matière. Outre le fait que cette indemnité s'ajoute aux pénalités de retard dues en cas de dépassement de la date de paiement (pénalités d'un montant minimal à trois fois le taux de l'intérêt légal), la DGCCRF rappelle la distinction nécessaire entre clients professionnels et clients particuliers. Pour ces derniers, les frais de recouvrement d'une créance ne peuvent être mis à leur charge que si le créancier dispose d'un titre exécutoire, par exemple une injonction de payer. Il en va de même des frais d'huissier agissant sur ordre d'un créancier.

**Où et comment faire figurer l'indemnité forfaitaire de 40 €** ? Afin d'écarter tout risque de confusion, la DGCCRF recommande de prévoir deux modèles de factures. Mais telle n'est pas la pratique de la plupart des entreprises, qui n'ont, habituellement, qu'un seul document regroupant facture et conditions générales, quelle que soit la qualité du client. Dans ce cas, elles peuvent indiquer :

- dans les conditions générales : « Pour les clients professionnels ressortissant aux dispositions de l'article L. 441-6 du Code de commerce, tout retard de paiement ouvre droit à l'égard du créancier à une indemnité forfaitaire pur frais de recouvrement de 40 €. Lorsque les frais de recouvrement exposés sont supérieurs à ce montant, l'entreprise peut demander une indemnisation complémentaire, sur justification » ;
- et sur les factures : « Pour les professionnels (article L. 441-3 du Code de commerce), indemnité forfaitaire de recouvrement en cas de retard de paiement : 40 € ; ce montant sera révisé si les frais engagés sont supérieurs. »

**Quelles sont les autres sanctions** ? Le dépassement des délais de paiement donne lieu à des amendes administratives prononcées par les agents de la concurrence et de la consommation (DGCCRF), dont le montant ne peut excéder 75 000 € pour une personne physique et 375 000 € pour une personne morale : non-respect des délais maximaux de 45 jours fin de mois (selon l'un ou l'autre mode de computation : délai + fin de mois ou fin de mois + délai), 60 jours à compter de la date d'émission de la facture, 45 jours net pour les factures récapitulatives ou encore 30 jours à compter de la livraison ou de l'achèvement du service (délai supplétif applicable, sauf dispositions contraires figurant aux conditions de vente ou convenues entre les parties). Le montant de l'amende encourue est doublé en cas de réitération du manquement dans un délai de deux ans à compter de la date à laquelle la première décision de sanction est devenue définitive.

La même sanction administrative s'applique lorsque les professionnels :

- ne respectent pas les modalités de computation des délais de paiement convenues (délai fin de mois ou à compter de la date d'émission de la facture) ;
- n'indiquent pas dans leurs conditions de règlement les conditions d'application et le taux d'intérêt des pénalités de retard exigibles le jour suivant la date de règlement figurant sur la facture ainsi que le montant de l'indemnité forfaitaire de 40 € pour frais de recouvrement due au créancier dans le cas où les sommes dues sont réglées après cette date ;
- fixent un taux ou des conditions d'exigibilité des pénalités de retard selon des modalités non conformes.

Le non-respect de ces deux dernières obligations ainsi que le fait de ne pas respecter le délai de paiement supplétif de trente jours fait l'objet d'une sanction pénale de 15 000 €, qui se cumule avec la sanction administrative. Lorsqu'une amende administrative est susceptible de se cumuler avec une amende pénale infligée à raison des mêmes faits à l'auteur du manquement, le montant global des amendes prononcées ne dépasse pas le maximum légal le plus élevé (article L. 465-2 du Code de commerce).

### 2.2.2. La suspension de l'exécution des travaux

Suspendre l'exécution des travaux est un moyen de pression possible pour contraindre le client à payer les travaux exécutés. Il est utilisable lorsque certaines conditions sont remplies.

**L'entrepreneur a-t-il le droit de suspendre l'exécution des travaux en cas de non-paiement** ? Oui. Le non-paiement d'une facture d'acompte à l'échéance prévue est un motif valable pour suspendre l'exécution des travaux.

> **Art. L. 111-3-1, 2e alinéa, du CCH** *: En cas de dépassement du délai de paiement mentionné au premier alinéa du présent article, l'entrepreneur peut suspendre l'exécution des travaux après mise en demeure de son créancier [c'est-à-dire le client] restée infructueuse à l'issue d'un délai de quinze jours.*

**Comment suspendre l'exécution des travaux ?** L'entrepreneur doit adresser à son client une mise en demeure pour constater le défaut de paiement, et annoncer la suspension des travaux dans un délai de quinze jours si le client n'a pas réglé entretemps.

**Ce dispositif permet-il d'obliger le client à payer des travaux contestés ?** Non. L'entrepreneur ne peut pas utiliser l'article L. 111-3-1 du CCH pour forcer un client à payer des travaux non faits ou mal exécutés. Le client a le droit de contester les travaux facturés, mais il doit payer les travaux non contestés et respecter le délai contractuel de paiement.
Concernant les travaux contestés, il est possible de proposer au client de consigner auprès d'un tiers désigné d'un commun accord une somme correspondant au montant litigieux.

**Que se passe-t-il en cas de suspension des travaux ?** Le contrat n'est pas résilié en cas de suspension des travaux, mais l'obligation de l'entrepreneur de poursuivre l'exécution des travaux est suspendue.

De son côté, le maître de l'ouvrage (ou l'entrepreneur principal en cas de sous-traitance) reste tenu par l'obligation de payer les travaux réalisés et de verser les pénalités prévues au contrat.

**Qui supporte les conséquences de la suspension des travaux ?** Le client n'a pas payé la somme due à l'entrepreneur. C'est lui qui doit supporter les conséquences du blocage dont il est la cause, notamment le retard de livraison et le préjudice subi par l'entrepreneur (plan de charges perturbé, surcoût de location de matériels, etc.).

Aucune pénalité de retard ne peut être appliquée à l'entrepreneur dans cette situation. Bien au contraire, avant toute reprise des travaux le client devra régler à l'entrepreneur le montant dû au principal, mais aussi les pénalités de retard de paiement.

**Les autres corps d'état peuvent-ils être affectés ?** Il est possible que la suspension des travaux d'un entrepreneur affecte le déroulement des travaux des autres entreprises du chantier ; elles peuvent être tenues d'interrompre leurs propres travaux, alors même qu'elles sont payées régulièrement par le maître de l'ouvrage.

Le client responsable de la suspension de travaux de l'entrepreneur doit répondre des conséquences de l'interruption des travaux des autres entreprises.

Cette situation est d'ailleurs prévue depuis longtemps dans la norme Afnor NF P 03.001 (art. 10.3.2.1) : « *Le maître de l'ouvrage est responsable des conséquences de toute interruption résultant de la non-observation de ses obligations et, en particulier, des répercussions qu'elle pourrait avoir sur l'exécution des travaux des autres corps d'*état. »

**Que se passe-t-il en cas de sous-traitance ?** Le débiteur du sous-traitant est l'entrepreneur principal. Il doit payer au sous-traitant la somme qui lui est due, y compris s'il n'est pas lui-même payé par le maître de l'ouvrage.

En cas de retard de paiement, le sous-traitant doit adresser une mise en demeure de payer à l'entrepreneur principal et l'avertir de l'interruption de ses travaux s'il n'est toujours pas payé dans le délai de quinze jours.

En cas de paiement direct (délégation de paiement prévue dans les marchés privés par l'article 14 de la loi du 31 décembre 1975 d'ordre public), c'est le maître de l'ouvrage qui répondra des conséquences du retard de paiement dont il est l'auteur.

**L'entrepreneur est-il responsable des dégradations éventuelles sur les ouvrages ?** Non. L'entrepreneur va quitter le chantier à cause du client. Il doit se décharger de la garde de ses ouvrages pendant la période de suspension. Les risques de vol ou de dégradation vont peser sur le client puisqu'il est responsable de la suspension des travaux. Lors de la reprise des travaux, il conviendra de faire un état des lieux pour constater l'état des ouvrages et, le cas échéant, réclamer au client des frais de réparation.

### 2.2.3. Le recouvrement de créance

Lorsque l'entrepreneur n'est pas payé, il est également utile de procéder au recouvrement forcé de la créance. Les entreprises impayées doivent utiliser les procédures prévues pour cette situation : référé provision, injonction de payer, assignation, etc.

Rappelons également que, pour parer à l'insolvabilité du client, des lois d'ordre public obligent à garantir le paiement des sommes dues à l'entrepreneur :

- dans les marchés privés, c'est l'article 1799-1 du Code civil ;
- dans les contrats de sous-traitance, c'est la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance.

La fourniture d'une garantie de paiement dès la conclusion du contrat protège l'entreprise du risque de défaillance du client.

## 2.3. Déclarer sa créance en cas de procédure collective

La loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile a modifié les délais d'action en matière de créance. Les actions en recouvrement devront être engagées, à peine de prescription, dans un délai de cinq ans à compter du jour où le créancier a connaissance de son droit (C. com., art. L. 110-4 et C. civ., art. 2224).

Pour interrompre la prescription, le créancier doit personnellement agir à l'encontre du débiteur sur le fondement de la créance alléguée. Ainsi, une assignation en référé portant sur des désordres apparus postérieurement à la réception ne pourra pas valoir interruption, par exemple, pour la créance de pénalités de retard du maître d'ouvrage ou la créance de travaux supplémentaires de l'entreprise. Néanmoins, si une expertise judiciaire portant sur l'évalua-

tion de la réclamation se trouve ordonnée, elle suspendra les délais d'action jusqu'à remise du rapport de l'expert (C. civ., art. 2239).

En ce qui concerne les procédures collectives, dès le prononcé du jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire, le débiteur a l'interdiction de payer toutes les créances antérieures audit jugement, à l'exception du paiement par compensation des créances connexes (C. com., art. L. 622-7).

La connexité s'apprécie pour deux créances ayant leur origine dans les mêmes contrats ou si ces actes ont un objet unique. Ainsi, les coûts de reprise des malfaçons peuvent être objet de compensation avec les intérêts moratoires ou le coût des travaux dus à l'entreprise.

Cependant, le créancier doit, pour opérer la compensation, déclarer sa créance dans les deux mois de la publication d'ouverture au *Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales* (BODAC). À défaut, sa créance est atteinte par la forclusion.

Les créances déclarées sont ensuite vérifiées : le créancier, averti d'une éventuelle contestation, doit y répondre dans un délai de trente jours à défaut de ne pouvoir s'expliquer ultérieurement devant le juge-commissaire.

*Attention !*

Le respect de la procédure de réclamation ne vaut pas déclaration de créances : le créancier doit, en même temps, veiller au respect des délais contractuels et des délais légaux en matière de procédure collective pour conserver la possibilité de faire valoir ses droits.

# 3. Le prix et son règlement dans les marchés soumis à la norme Afnor NF P 03-001

*Rappel*

La norme Afnor ne s'applique que si elle est expressément visée au marché comme pièce contractuelle. L'édition étudiée ici est celle de décembre 2000.

## 3.1. Le prix du marché

Les parties ont le choix entre deux grands types de prix.

Le **marché à prix forfaitaire** se caractérise par un plan définissant le volume et la nature des travaux à réaliser et par un prix global fixé de façon définitive.

Le **marché au métré** se caractérise par un paiement qui se fait non pas sur un prix global mais par application de prix unitaires aux quantités réellement utilisées.

Cf. *supra* chapitre 10 sur l'exécution des marchés et notamment la question des travaux supplémentaires dans un marché à prix global et forfaitaire, et l'incidence de la modification de la masse initiale des travaux.

**L'article 9.1** de la norme, « Prix du marché », est ainsi rédigé :

*[…]*
*9.1.2. Les prix du marché sont réputés tenir compte de toutes les circonstances de l'implantation, des particularités du projet et des délais, et rémunèrent l'entrepreneur de tous ses débours, charges et obliga-*

*tions normalement prévisibles, dépenses d'intérêt commun mises à sa charge par le descriptif de son lot ou par le jeu de l'article 14. De sorte que la rémunération de l'entrepreneur pour l'exécution des travaux formant l'objet défini du marché ne subira aucune variation, sauf application de dispositions différentes du présent document, et, en particulier, en cas d'évolution du PGC SPS (plan général de coordination en matière de sécurité et de protection de la santé), du fait du maître d'ouvrage, ayant des incidences financières pour l'entreprise.*
*[…]*
*9.1.3. L'exécution d'ouvrages différents de ceux prévus au marché n'ouvre aucun droit à paiement supplémentaire à l'entrepreneur sous réserve des paragraphes 11.1, 11.3 et 11.4 [cf. infra].*
*[…]*
*9.1.5. L'entrepreneur a droit à une indemnité couvrant le montant total des dépenses justifiées entraînées par la découverte de vestiges sur le chantier.*

### 3.1.1. L'invariabilité du prix

L'invariabilité du prix du marché signifie qu'en principe, le maître d'ouvrage est débiteur du prix convenu lors de la passation du marché et que **l'entrepreneur ne peut demander le paiement d'un prix différent**.

**Ne peuvent pas, notamment, être invoqués**, pour remettre en cause le prix du marché :
- le fait qu'une erreur de calcul ou d'estimation ait été commise dans la fixation du prix ;
- le fait que les parties se soient méprises sur les aléas et l'étendue des travaux convenus ;
- ou encore le fait que le maître d'ouvrage ait obtenu un financement inférieur au prix qu'il doit payer.

Toutefois, dans son article 9.1.3, la norme prévoit trois hypothèses dans lesquelles l'exécution d'ouvrages différents ouvre droit à une rémunération additionnelle pour l'entrepreneur. Tout d'abord, celui-ci peut exiger le paiement des travaux supplémentaires ou de nature différente autorisés préalablement par écrit par le maître d'ouvrage (art. 11.1). Ensuite, les travaux exécutés à la suite d'une injonction administrative, ou d'une décision judiciaire ou arbitrale, sont pris en attachement et payés à l'entrepreneur (art. 11.3). De la même façon, feront l'objet d'une rémunération les travaux urgents, indispensables à la stabilité de l'ouvrage ou à sa sauvegarde, même réalisés sans autorisation préalable (art. 11.4). Mais le droit à indemnité est subordonné, dans toutes ces hypothèses, à l'absence de faute de l'entrepreneur.

### 3.1.2. Les exceptions au principe d'invariabilité du prix

Il est possible de prévoir, dans les documents contractuels, certaines dispositions qui permettront de modifier le prix du marché.

Les deux hypothèses principales sont celles des mécanismes de variation des prix (art. 9.4 de la norme) : l'actualisation et la révision.

La norme Afnor, dans sa nouvelle version, énonce expressément deux autres exceptions au principe d'invariabilité du prix : l'évolution du plan général de coordination en matière de sécurité et de protection de la santé (PGC SPS) et les découvertes archéologiques.

On rencontre également fréquemment des clauses prévoyant des pénalités pour retard, l'indemnisation de l'entrepreneur pour retard imputable au maître d'ouvrage, des intérêts moratoires pour retard de paiement, des indemnités de résiliation, etc.

***1. L'actualisation (art. 9.4.1.2. de la norme)***

**La clause de variation** de prix comprend deux opérations distinctes : l'actualisation et la révision. Toutes deux ont pour objet de réévaluer le prix d'origine du marché pour indemniser l'entrepreneur des variations économiques survenues depuis la fixation de ce prix.

Le prix initial est actualisé au moment du début effectif des travaux, puis il est révisé périodiquement au cours de l'exécution des travaux.

Dans les deux cas, la même formule de variation (qui doit figurer au contrat) est appliquée pour le calcul du nouveau prix.

La formule de variation de prix doit faire l'objet d'une clause du CCAP.

Doivent y être précisés les paramètres de référence et leur valeur initiale. La seule condition est que les éléments choisis (prix ou indices de matériaux, taux ou indices de salaires, index…) soient en rapport avec l'objet du contrat ou avec l'activité de l'une des parties. Est exclue l'indexation fondée sur le salaire minimal interprofessionnel, ou sur le niveau général des prix ou des salaires.

L'application de la formule de variation suppose la connaissance des valeurs finales des paramètres de référence (c'est-à-dire celles existant à la date de l'actualisation) et des valeurs initiales pour établir un rapport entre les deux. Les valeurs initiales sont celles indiquées dans les pièces contractuelles.

À défaut, il faut retenir, pour les indices publiés mensuellement, les valeurs du mois précédant la remise de l'offre de l'entrepreneur, et, pour les autres, celles du 15 du mois précédant la remise de l'offre.

**La formule d'actualisation** doit être appliquée sur le ou les prix d'origine, c'est-à-dire sur les montants définis dans les documents contractuels.

La norme pose le principe d'une actualisation intégrale du prix : le fait que la formule comporte une partie fixe (c'est-à-dire non révisable) ou toute autre disposition limitative (telle qu'une marge de neutralisation des variations de salaires laissée à la charge des entreprises) n'a aucune incidence, ces limitations ne pouvant jouer que pour la révision et non pour l'actualisation (à moins que les parties ne dérogent sur ce point à la norme).

La norme permet d'actualiser le prix quel que soit le laps de temps écoulé entre la détermination initiale du prix du marché et le commencement des travaux.

Cependant, les parties, ayant toute liberté en matière de marchés privés, pourront soumettre l'actualisation à l'écoulement d'un certain délai justifiant à leurs yeux la réévaluation du prix initial.

Notons que pour les marchés publics, l'application de la clause d'actualisation n'est possible que si l'exécution des prestations commence plus de trois mois après la date d'établissement du prix d'origine.

Les prix forfaitaires peuvent être actualisés. La norme rappelle (art. 9.4.1.2.5) que la clause d'actualisation peut jouer même en matière de prix forfaitaires. En effet, selon une jurisprudence constante, la présence d'une clause de variation du prix ne modifie pas le caractère forfaitaire du marché dès lors que la formule de calcul a été fixée dans un document engageant définitivement les parties. Toutefois, le principe d'actualisation des prix forfaitaires peut être valablement écarté par les parties dans les clauses particulières du marché (Cass. 3$^{e}$ civ., 7 février 2001, SCI Les Peupliers c/ Ducamp).

### *2. La révision (art. 9.4.1.3 de la norme)*

La révision joue de façon automatique pendant toute la durée d'exécution du marché.

Elle a, en principe, lieu chaque mois. Toutefois, le CCAP peut prévoir une périodicité différente selon la volonté des parties.

À chaque échéance, l'entrepreneur doit établir des états de situation destinés à constater ses droits à paiement pour la période considérée.

Dans ces documents, ou dans un document joint, il applique la formule de révision au prix qui lui est dû. Puis il transmet dans un certain délai les états de situation au maître d'œuvre, à charge pour celui-ci de les vérifier et d'élaborer sur cette base une proposition d'acompte soumise au maître d'ouvrage.

Le point de départ du calcul du montant révisable est le prix initial fixé dans les documents contractuels.

Ce prix peut ensuite être augmenté du fait d'une actualisation lors du début de l'exécution des travaux.

S'y ajoutent, le cas échéant, les rémunérations supplémentaires convenues par voie d'avenants, le prix des travaux effectués en conséquence d'une injonction administrative ainsi que le prix des travaux urgents nécessaires à la stabilité de l'ouvrage.

La formule de variation peut alors être appliquée au total obtenu, en tenant compte d'une éventuelle partie fixe (c'est-à-dire non révisable) ou d'une autre disposition limitative prévue dans la clause de révision.

En principe, les valeurs finales utilisées pour l'application de la formule de révision sont celles correspondant à la période d'exécution des travaux.

Mais l'édition 2000 de la norme a introduit une nouvelle disposition. Il est désormais prévu que, lorsque les valeurs finales ne sont pas connues au moment de l'établissement d'un état de situation, les dernières valeurs connues seront provisoirement utilisées. Cela permet de ne pas retarder le jeu de la révision pour chaque période considérée ; mais il ne s'agit que d'une application provisoire, qui devra donc donner lieu à régularisation lorsque les valeurs réelles seront connues (art. 9.4.1.3.2).

Le jeu de la clause de révision doit cesser à la date prévue contractuellement pour l'achèvement des travaux. Cependant, ce délai d'application de la clause peut être prolongé en cas d'avenant ou de retard dans l'exécution dû à une cause extérieure aux parties, au fait du maître d'ouvrage, au décès ou à la défaillance de l'un des entrepreneurs groupés.

En revanche, l'entrepreneur est privé du jeu de la révision pour la période de dépassement du délai contractuel qui lui est imputable.

#### *3. L'incidence financière de l'évolution PGC SPS (art. 9.1.2 de la norme)*

La norme NF P 03-001, dans sa nouvelle version, énonce expressément une autre exception au principe d'invariabilité du prix. Le plan général de coordination sécurité et protection de la santé (PGC SPS), établi sous la responsabilité du maître d'ouvrage et généralement transmis aux entreprises avant la passation du marché, leur permet de prendre en compte le coût de la sécurité dans leurs offres.

Les entreprises peuvent donc revendiquer une augmentation du prix lorsque la modification du PGC SPS par le maître d'ouvrage en cours d'exécution des travaux induit des coûts supplémentaires pour elles.

#### *4. Les dispenses liées aux découvertes archéologiques (art. 9.1.5 de la norme)*

La « version 2000 » de la norme a introduit une nouveauté en prévoyant expressément que le maître d'ouvrage doit indemniser l'entrepreneur à raison des coûts liés à la découverte des vestiges sur le chantier. La condition du remboursement total des dépenses est que celles-ci soient justifiées.

#### *5. Les primes pour avance et les pénalités de retard*

L'article 9.5 de la norme précise que :

> *Le cahier des clauses administratives particulières (CCAP) peut prévoir des primes pour avance d'achèvement des travaux, des pénalités pour retard, ou les deux. L'avance et le retard sont déterminés en considération des délais définis à l'article 10. Sauf stipulation différente, il est appliqué, après une mise en demeure, une pénalité journalière de 1/1000 du montant du marché. Le montant des pénalités est plafonné à 5 % du montant du marché.*

La prime pour avance d'achèvement des travaux est une somme versée à l'entrepreneur en supplément du prix des travaux en cas de livraison de l'ouvrage avant la fin du délai contractuel.

L'octroi d'une telle prime n'est pas obligatoire, la norme ne fait qu'énoncer la faculté pour les parties de le prévoir (alors qu'elle impose, sauf clause contraire, le versement de pénalités de retard).

Les modalités de calcul doivent être établies dans le CCAP : par exemple, fixation d'un pourcentage du montant du marché ou de sommes forfaitaires fixes par jour d'avance.

Les pénalités sont la compensation financière due au maître d'ouvrage du fait du retard dans l'achèvement des travaux.

La norme subordonne la possibilité d'appliquer des pénalités à la mise en demeure de l'entrepreneur. Cette formalité est valablement accomplie par lettre recommandée avec avis de réception (art. 6.3.2 de la norme).

Les pénalités de retard courent à partir de la date de la mise en demeure. Mais les parties peuvent convenir, par stipulation contractuelle, de se dispenser de cette notification.

Le maître d'ouvrage doit établir le retard de l'entrepreneur, à l'aide de pièces justificatives des délais convenus ; il n'a pas, en revanche, à chiffrer son préjudice, la clause pénale ayant un caractère forfaitaire.

À noter que les pénalités ne pourront être appliquées lorsque le retard n'est pas imputable à l'entrepreneur (par exemple, en cas de force majeure).

Innovation de la version 2000 de la norme : un mode de calcul est prévu à défaut de stipulation différente dans le CCAP. Le montant journalier fixé est assez élevé : 1/1000 du montant du marché – pour comparaison, le cahier des clauses administratives générales (CCAG) en matière de marchés publics retient le taux de 1/3000.

Mais ce montant est délimité par un plafond : les pénalités de retard ne pourront excéder 5 % du montant du marché. Les parties peuvent prévoir d'autres modes d'évaluation.

En toute hypothèse, le juge judiciaire dispose du pouvoir de minorer ou d'augmenter les pénalités qu'il considère manifestement excessives ou dérisoires (C. civ., art. 1152), sans qu'aucune stipulation contractuelle puisse le lui interdire.

#### *6. L'indemnisation pour retard du fait du maître d'ouvrage*

**L'article 9.6** de la norme est ainsi rédigé :

> *9.6.1. Retard dans le commencement de l'exécution*
> *Si les travaux ne peuvent commencer au jour fixé du fait du maître de l'ouvrage, ce dernier indemnise l'entrepreneur.*
> *9.6.2. Augmentation des délais de préparation et d'exécution*
> *À défaut de clauses plus sévères prévues par les documents particuliers du marché, si la somme des délais de préparation et d'exécution définis à l'article 10, corrigée s'il y a lieu par l'application des dispositions du paragraphe 10.3.1, se trouve augmentée de plus du dixième par le fait du maître de l'ouvrage (par ajournement, suspension des travaux, atermoiement, etc.), l'entrepreneur a droit à indemnité, pourvu qu'il ait formulé ses réserves par écrit dès la survenance de l'événement.*

La nouvelle édition de la norme rend obligatoire l'indemnisation de l'entrepreneur en cas de retard dans le commencement des travaux imputable au maître d'ouvrage – l'ancienne version ne prévoyait qu'une faculté laissée aux parties.

Cela s'applique uniquement aux marchés faisant référence à la norme et sauf clause dérogatoire dans les documents particuliers du marché (art. 9.6.1).

Le retard s'apprécie en fonction du jour de début des travaux : selon les dispositions contractuelles, cette date est soit déterminée par la fin de la période de préparation, soit fixée par ordre de service contresigné par le maître d'ouvrage (art. 10.1.2 de la norme).

Les modalités de l'indemnisation, non précisées par la norme, pourront faire l'objet d'une stipulation dans le CCAP.

L'entrepreneur peut également être indemnisé en cas d'augmentation des délais imputable au maître d'ouvrage (art. 9.6.2).

Trois conditions doivent être réunies. Tout d'abord, il faut une augmentation des délais de préparation et d'exécution des travaux qui excède 10 %. Ensuite, ce dépassement doit résulter du fait exclusif du maître d'ouvrage (par exemple, changements incessants quant aux travaux à exécuter, suspension du chantier, retards dans l'obtention des autorisations administratives). Enfin, l'entrepreneur doit avoir formulé des réserves dès la survenance du fait provoquant le retard ; celles-ci doivent être formulées par écrit, datées et signées (la forme recommandée avec avis de réception est conseillée).

## 3.2. Le paiement des acomptes

**Périodicité**. Le droit à acomptes est ouvert dès que des prestations ont donné lieu à un commencement d'exécution du marché.

La périodicité de versement est au maximum de trois mois, mais, généralement, les acomptes sont mensuels.

**Présentation de la demande d'acompte**. Les états de situation doivent parvenir au maître d'œuvre à la date fixée au cahier des clauses particulières ou, à défaut, dans les dix premiers jours de chaque mois (art. 19-3, 19-4, 20-3 et 20-8 de la norme).

Le maître d'œuvre vérifie l'état de situation, transmet au maître d'ouvrage le décompte des sommes dues et le bon d'acompte avec duplicata à l'entrepreneur, dans les quinze jours à dater de la réception de l'état de situation.

Passé ce délai, le maître d'ouvrage peut faire constater les travaux exécutés aux frais de l'entrepreneur.

Les entreprises doivent réclamer le duplicata du décompte (et du bon d'acompte) au maître d'œuvre.

Dans les trente jours de la remise de l'état de situation au maître d'œuvre, les acomptes sont payés à l'entrepreneur.

## 3.3. Le paiement du solde : établissement du mémoire définitif et contestation du décompte définitif

Il s'agit des articles 19-5-1, 19-6-1, 19-6-2, 19-6-3, 20-4-1, 19-6-4 de la norme Afnor (édition décembre 2000).

### 3.3.1. L'établissement du décompte définitif

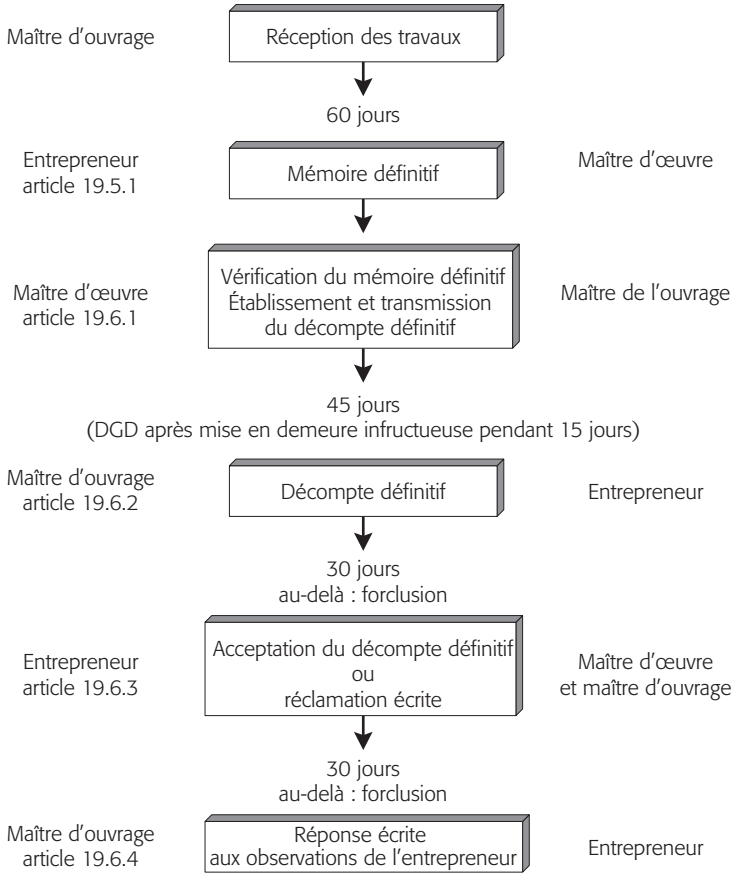
*Rappel*

La norme Afnor s'applique quand elle est notée comme document contractuel dans le marché.

#### *1. Le mémoire définitif*

Après la réception des travaux, l'entrepreneur doit établir un mémoire définitif comprenant l'intégralité des sommes qu'il estime lui être dues en application du marché, y compris les variations de prix (Cass. 3e civ., 2 juillet 2002, n° 01-02072 ; et article 19.5.3 de la norme NF P 03-001).

La norme NF P 03-001 prévoit que ce mémoire doit être établi dans un délai de soixante jours à compter de la réception, sauf si le CCAP du marché prévoit un délai différent.




Passé ce délai de soixante jours ou celui indiqué dans le CCAP, le maître d'ouvrage, après mise en demeure restée sans effet, peut faire rédiger ce mémoire par le maître d'œuvre, aux frais de l'entreprise.

#### *2. Le décompte définitif*

Le mémoire définitif établi par l'entrepreneur est vérifié par le maître d'œuvre qui établit un décompte définitif qu'il transmet au maître d'ouvrage. La norme n'indique pas de délai pour le maître d'œuvre. Le contrat conclu entre le maître d'œuvre et le maître d'ouvrage fixe ce délai.

C'est le maître de l'ouvrage qui notifie le décompte définitif établi par le maître d'œuvre à l'entrepreneur dans un délai de 45 jours à compter de la réception du mémoire définitif par le maître d'œuvre (ou, si le mémoire définitif est établi par le maître d'œuvre du fait de la carence de l'entrepreneur, dans un délai de 4 mois à compter de la réception des travaux).

Le CCAP ou tout autre document contractuel peuvent prévoir des modalités et des délais différents pour l'établissement du décompte définitif. Dans ce cas, les parties, maître d'ouvrage et entrepreneur, doivent respecter les dispositions contractuelles. C'est ainsi que la Cour de cassation a considéré qu'il ne pouvait être reproché à un entrepreneur de ne pas avoir contesté le décompte définitif dans le délai prévu par le marché puisque ce décompte n'avait

pas été notifié par le maître de l'ouvrage dans les formes prévues par le contrat (Cass. 3e civ., 19 mai 2009, Société Boccard c/ Air France, n° 08-13377).

Ce décompte définitif doit être signé par le maître d'ouvrage ; un décompte définitif signé par le maître d'œuvre n'engage pas le maître d'ouvrage (sauf cas exceptionnel où le maître d'œuvre est le mandataire du maître d'ouvrage). Si le maître d'ouvrage ne notifie pas lui-même le décompte définitif, il n'est pas possible de se baser sur ce document pour fixer le montant des sommes restant dues à l'entreprise (Cass. 3e civ., 26 novembre 2014).

#### *3. La norme NF P 03-001 prévoit une procédure de DGD tacite*

Si, dans le délai de 45 jours (ou de 4 mois), le maître de l'ouvrage n'a pas notifié le décompte définitif à l'entrepreneur, il est réputé avoir accepté le mémoire définitif remis au maître d'œuvre, après mise en demeure restée infructueuse pendant quinze jours. L'entrepreneur est donc payé sur la base de son mémoire définitif.

Lorsque l'entrepreneur remet au maître d'œuvre le mémoire définitif des sommes qu'il estime lui être dues en application de son marché, et que le maître de l'ouvrage ne notifie pas à l'entrepreneur le décompte définitif, les tribunaux considèrent, lorsque la norme NF P 03-001 est applicable, que le maître de l'ouvrage, qui n'a pas notifié son décompte après mise en demeure, est tenu de payer le solde du prix des travaux calculé d'après le montant du mémoire définitif de l'entrepreneur (Cass. 3e civ., 11 juillet 2001, SCI clinique du Val-de-Lys c/ Société Quillery, n° 99-20970 ; Cass. 3e civ., 25 octobre 2006, SCI l'Ours Blanc c/ Spie Tondella, n° 05-16596 ; Cass. 3e civ., 26 novembre 2014, SCCV Galgon c/ Sté Moter, n° 13-24888).

**Néanmoins, ce principe ne s'applique pas pour les travaux supplémentaires dans le cadre d'un marché à forfait**. En effet, la Cour de cassation juge que « *les règles établies par la norme Afnor ne peuvent prévaloir sur les dispositions légales* » (art. 1793 du Code civil) selon lesquelles les travaux supplémentaires doivent être autorisés par écrit et le prix convenu avec le maître de l'ouvrage.

La Cour de cassation a cassé un arrêt de la cour d'appel qui avait accepté le paiement de travaux supplémentaires dans le cadre d'un marché forfaitaire **sans relever l'existence d'une autorisation écrite** donnée par le maître d'ouvrage et d'un prix convenu avec lui : « *Les règles établies par la norme Afnor ne peuvent prévaloir sur les dispositions légales.* » Cet arrêt consacre le caractère d'ordre public de l'article 1793 du Code civil, qui s'impose aux parties dès lors qu'elles optent pour un marché forfaitaire. L'accord du maître d'ouvrage ne peut, sur le fondement de l'article 1793 du Code civil, découler de son silence à la réception de la demande de règlement des travaux supplémentaires (Cass. 3e civ., 11 mai 2006, Sofranor).

Cette solution est confirmée par la Haute Juridiction le 24 mars 2009 dans une autre affaire. L'entrepreneur qui a conclu un marché à forfait demande le prix de travaux supplémentaires au maître d'ouvrage qui refuse. La cour d'appel le condamne en application de la norme Afnor qui l'oblige à notifier le décompte définitif des travaux dans les délais fixés (art. 17.6.2 de l'édition de septembre 1991). Elle estime qu'en l'absence de cette notification, le mémoire est devenu définitif et que le prix doit être payé, y compris le montant des travaux supplémentaires. La Cour de cassation estime que les dispositions de la norme ne peuvent prévaloir sur les dispositions légales et qu'ainsi, les travaux supplémentaires doivent être autorisés par écrit : « *Qu'en statuant ainsi,* ***alors que les règles de la norme Afnor ne peuvent prévaloir sur les dispositions légales et que la SCI contestait devoir régler les travaux supplémentaires, sans relever l'existence d'une autorisation écrite donnée par cette dernière, la cour d'appel***

***a violé le texte susvisé*** [1793 du Code civil] » (Cass. 3e civ., 24 mars 2009, SCI 25 avenue Saint-Barnabé c/ R2C).

### 3.3.2. Acceptation du décompte définitif ou réclamation écrite

Une fois la notification du décompte définitif faite à l'entrepreneur, celui-ci a le choix de l'accepter en le signant, de le contester ou de le refuser en faisant des observations par écrit.

Une fois le décompte signé par le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur, il devient définitif. L'entreprise a alors un DGD au sens juridique du terme, et aucune partie ne peut le remettre en cause.

Si l'entrepreneur conteste le décompte définitif, à compter de sa notification par le maître d'ouvrage, il a trente jours pour présenter, par écrit, ses observations au maître d'œuvre et au maître de l'ouvrage.

Un décompte définitif établi unilatéralement par le maître d'ouvrage ne peut pas lier l'entrepreneur (Cass. 3e civ., 4 janvier 1996, Crédit immobilier des Pyrénées-Orientales c/ Sogéa et autres).

L'entrepreneur peut ne faire que des réserves partielles sur le décompte définitif. Ces réserves partielles doivent être très précises, car tous les points du décompte non contestés par l'entrepreneur seront considérés comme définitifs, puisqu'ils auront reçu l'accord des deux parties.

Si l'entrepreneur refuse de signer le décompte définitif, il devra faire une réclamation écrite, et ce, comme dans le cas de sa contestation, dans un délai de trente jours à peine de forclusion.

#### *1. Le mémoire en réclamation*

Le silence de l'entrepreneur pendant le délai de trente jours à compter de la notification du décompte définitif vaut acceptation tacite de ce décompte. Il en est de même de certaines réponses ambiguës, comme, par exemple, la simple indication faite par l'entrepreneur qu'il maintient ses prétentions (Cass. 3e civ., 4 décembre 1991 ; *Bull. civ.*, III, n° 303 p. 178).

L'entrepreneur a intérêt à présenter ses observations sous la forme d'un mémoire en réclamation, même si cela n'est pas prévu par la norme NF P 03-001.

En effet, les points du décompte que l'entrepreneur conteste ou les sommes qu'il réclame au maître de l'ouvrage doivent être décrits le plus précisément pour que sa demande ne soit pas rejetée ultérieurement, le cas échéant, par le tribunal au motif que ses réserves sont trop vagues.

#### *2. Suites données à la réclamation de l'entrepreneur*

En cas de remarques de l'entrepreneur sur le décompte définitif, le maître d'ouvrage dispose, à son tour, de trente jours pour répondre (Cass. 3e civ., 7 juin 2001, FFSA (Fédération française des sociétés d'aviron) c/ Société Durand structures, n° 99-1221). Son silence vaut acceptation.

Le silence pendant trente jours du maître de l'ouvrage en marchés privés vaut acceptation des remarques de l'entrepreneur sur le décompte définitif. L'entreprise sera donc payée sur la base de sa réclamation.

La contestation par l'entrepreneur du décompte définitif qui lui est notifié n'a pas pour conséquence de repousser le paiement. En effet, le maître d'ouvrage doit payer les sommes qui découlent du décompte qu'il a notifié, dans un délai de 30 jours suivant l'expiration du délai de notification de 45 jours (ou de 4 mois si le mémoire définitif a été établi par le maître d'œuvre du fait de la carence de l'entrepreneur) (art. 19.6.2 de la norme NF P 03-001).

Les sommes dont le paiement s'avérerait fondé à la suite d'une contestation du décompte définitif par l'entrepreneur, doivent être payées dans un délai de 20 jours à dater de la remise au maître de l'ouvrage de la pièce constatant l'arrêt définitif des comptes (art. 20.4.3 de la norme NF P 03-001).

Si les parties n'arrivent pas à trouver une solution au litige qui les oppose, elles peuvent soumettre leur différend aux tribunaux judiciaires. Le tribunal compétent est le tribunal de commerce si les deux parties sont commerçantes, sinon le litige doit être porté devant le tribunal de grande instance. Les parties peuvent également prévoir dans le marché qu'elles feront appel à la médiation, à la conciliation ou à l'arbitrage.

Lorsque le maître de l'ouvrage est un consommateur, le tribunal compétent est soit celui du domicile ou du siège du défendeur, soit celui du lieu des travaux.

En outre, la possibilité de recourir à un règlement amiable des litiges (médiation, par exemple) doit être indiquée dans les contrats conclus avec un consommateur.

### 3.3.3. Le caractère définitif du décompte accepté par les deux parties

Un décompte accepté par les deux parties est définitif et ne peut être revu, sauf, bien entendu, en cas d'accord de volonté des parties de modifier le décompte général et définitif.

Une atténuation de ce principe est apportée par l'article 1269 du Code de procédure civile, selon lequel aucune demande en révision de compte n'est recevable, sauf si elle est présentée en vue d'un redressement :

- en cas d'erreur matérielle ;
- d'omission ;
- de faux ;
- de double emploi ;
- de présentation inexacte ;
- de fraude.

La jurisprudence est très stricte quant à l'application de cette dérogation à la règle d'irrévocabilité du décompte accepté qui ne peut être admise que dans des cas très limités. Par exemple, lorsqu'on a oublié de compter une prestation prévue et exécutée, ou que la même prestation a été comptée deux fois, ou encore qu'une erreur de calcul purement matérielle a été commise (Cass. 1re civ., 19 novembre 1981, n° 80-14635 ; Cass. 1re civ., 25 juin 1985, *Bull. Cass*. n° 203).

En revanche, dès que l'erreur peut être regardée comme relevant d'une interprétation des clauses contractuelles, la rectification du décompte est impossible. Il en est ainsi lorsqu'il a été oublié d'appliquer une clause de révision de prix : dans ce cas, le décompte ne peut être recalculé (Cass. 3e civ., 4 janvier 1978, *Bull. Cass*. n° 6).

Sous prétexte d'erreur, ne peuvent pas non plus être discutées la vérification des métrés, ou quantités d'ouvrages, ou la qualité des matériaux.

**Intangibilité du décompte général. Si les pénalités de retard ne figurent pas dans le décompte général, et si l'entreprise accepte le décompte général – même partiellement –, celui-ci lie les parties définitivement pour la partie acceptée :** « *L'ensemble des opérations auxquelles donne lieu l'exécution d'un marché public de travaux est compris dans un décompte général* […] *dont aucun élément ne peut être isolé et dont seul le solde arrêté lors de l'établissement du décompte définitif détermine les droits et obligations des parties et que si l'entrepreneur l'accepte, fût-ce partiellement, ce décompte général lie définitivement les cocontractants pour la partie acceptée.* » **En l'occurrence, les pénalités de retard ne figuraient pas dans le décompte général, il était donc trop tard pour les réclamer à l'entreprise après sa signature dudit décompte général** (Cass. 3e civ., 18 novembre 2009, Socae c/ Institut Bergonie).

### 3.3.4. Paiement du solde

Lorsque le maître d'ouvrage privé est un professionnel, les délais de paiement sont régis par l'article L. 441-6 du Code de commerce.

Le délai maximum de paiement a vocation à s'appliquer à toutes les demandes de paiement présentées par les entreprises : situations mensuelles, solde (article L. 111-3-1 du Code de la construction et de l'habitation).

L'article L. 441-6, 9e alinéa, du Code de commerce dispose que le délai convenu entre les parties pour régler les sommes dues ne peut dépasser quarante-cinq jours fin de mois ou soixante jours à compter de la date d'émission de la facture.

Si les conditions générales ou le marché (CCAP, par exemple) ne précisent pas le délai de paiement, celui-ci est fixé à trente jours à compter de l'exécution des prestations demandées (délai supplétif prévu par l'article L. 441-6, 8e alinéa, du Code de commerce).

Si la norme NF P 03-001 est applicable, le paiement du solde est dû trente jours après l'expiration du délai de quarante-cinq jours dont dispose le maître de l'ouvrage pour notifier le décompte définitif à l'entrepreneur (article 20.4.1 de la norme NF P 03-001). Cela conduit à un délai de paiement du solde de soixante-quinze jours. Ce délai étant contraire à l'article L 441-6 du Code de commerce, les documents particuliers (CCAP) des marchés qui font référence à la norme NF P 03-001 doivent réduire les délais de quarante-cinq et de trente jours de sorte que leur addition ne soit pas supérieure à soixante jours afin de respecter le délai de paiement maximum de soixante jours, date d'émission de la facture du Code de commerce.

Lorsque le maître d'ouvrage est un consommateur, c'est-à-dire une personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale, l'entrepreneur peut fixer librement ses conditions de règlement dans son devis ou marché.

Dans ce cas, accorder un délai de paiement n'est pas obligatoire, c'est une facilité donnée aux clients. Négocier avec un particulier un règlement de facture de solde à quinze jours est parfaitement légal.

**Lorsque les travaux sont exécutés, l'entrepreneur doit en obtenir le paiement**.

Le donneur d'ordre peut refuser de les payer, mais à ses risques et périls : si les désordres qu'il invoque ne sont pas importants, la rétention de l'intégralité des sommes n'est pas justifiée. Une rétention limitée à une partie des sommes est, en revanche, concevable. Le débiteur ne fait alors qu'opposer l'exception d'inexécution. L'exécution des travaux n'étant pas contestée, la cour d'appel devait constater la réalité et l'importance des désordres pour justifier le refus de paiement (Cass. 3e civ., 8 juin 2006, Caerou).

# 4. Modèle de mémoire de réclamation

Recommandée AR

Destinataire : maître d'ouvrage et maître d'œuvre (envoi simultané)

## PRÉSENTATION
## Exposé général des différents chapitres de la demande

I – Présentation du marché
marché n° .....
lot principal .....
lots accessoires.....
mandataire commun, le cas échéant.....
Le marché consiste en l'exécution de : (rappel de l'objet du marché)
.....
.....

II – Présentation des chapitres de la demande
Chaque chapitre, après un rappel des faits, détaille les conséquences financières directes ou indirectes, des modifications des conditions d'exécution indépendantes de l'entreprise ou du groupement.
Il pourra, selon les cas, s'agir de travaux supplémentaires (voir chapitre 1 ci-dessous), de l'immobilisation du personnel ou du matériel de l'entreprise (voir chapitre 2 ci-dessous), de frais de garde du chantier, de mesures conservatoires, d'un manque à gagner sur les travaux non réalisés, de frais financiers supplémentaires (agios, commissions de cautions, etc.), perte de bénéfice escompté.

Chapitre 1 – Travaux supplémentaires
A – Exposé des faits
Au cours de la réalisation du chantier, un certain nombre de travaux supplémentaires nous ont été demandés. Ils n'étaient pas prévus initialement, ni dans le CCAP, ni dans le CCTP, ni dans les plans fournis à l'appui du dossier d'appel d'offres. Seuls certains de ces travaux ont été acceptés à ce jour, d'autres refusés dans les conditions suivantes :
.....
.....
Toutes justifications nécessaires figurent en annexe au présent mémoire.
Nous maintenons donc notre demande relative à ces travaux supplémentaires refusés jusqu'à maintenant.

B – Le droit
Citer les articles adéquats du CCAP-CCTP, du CCAG, du Code des marchés publics (de la norme NF P 03-001 pour les marchés privés), citer la jurisprudence du Conseil d'État adéquate (ou celle de la Cour de cassation pour les marchés privés). Ne pas omettre systématiquement les aspects défavorables.

C – Chiffrage
Évaluation des travaux supplémentaires. En annexe, mettre tout justificatif : par exemple, les comptes rendus de chantier, les lettres de réserves ou références des lettres, les ordres de service, les réponses positives ou plus ou moins évasives du maître d'œuvre et/ou du maître d'ouvrage, les justificatifs permettant de confirmer les calculs.

Chapitre 2 – Immobilisation du personnel et du matériel
Du fait des retards de l'exécution, d'autres corps d'état, le personnel et le matériel ont été immobilisés du ..... ..... Cette immobilisation a engendré pour l'entreprise ou le groupement des faits très importants que nous justifions et chiffrons dans ce présent chapitre.
A – Exposé des faits
B – Le droit
C – Chiffrage
Avec tout justificatif

13

# Les contrôles et les recours dans les marchés publics

## 1. Le contrôle *a posteriori* des marchés publics

Parmi les contrôles *a posteriori*, on distingue :
- le contrôle de légalité exercé par le préfet ;
- le contrôle des dépenses par le comptable public ;
- le contrôle de la Cour et des chambres régionales des comptes ;
- le contrôle de la Cour de discipline budgétaire et financière ;
- le contrôle de la Mission interministérielle d'enquête sur les marchés.

Les trois premiers sont des contrôles visant les actes administratifs. Les deux derniers visent les personnes qui peuvent de surcroît tomber sous le coup des juridictions pénales.

### 1.1. Les contrôles visant les actes administratifs

Ils permettent de s'assurer de la légalité des marchés et de veiller à la régularité comptable des paiements.

#### 1.1.1. Le contrôle de légalité exercé par le préfet

Cf. également *infra* 2.1.2. « Le déféré préfectoral ».

*À noter*

Les marchés passés en procédure adaptée (MAPA) sont dispensés de transmission au préfet en dessous de 207 000 € HT.

> **Tous les marchés supérieurs à 207 000 € HT doivent faire l'objet d'une transmission** au préfet dans le cadre de son contrôle de légalité, conformément aux dispositions de l'article D. 2131-5-1 du Code général des collectivités territoriales.
>
> **Cependant, les actes non soumis à l'obligation de transmission peuvent faire l'objet d'un déféré préfectoral**, comme l'a jugé le Conseil d'État dans un arrêt du 4 novembre 1994 (Département de la Sarthe).

Depuis les lois de décentralisation des 2 mars et 22 juillet 1982, intégrées dans le Code général des collectivités territoriales par la loi du 21 février 1996, les préfets ont compétence pour exercer un contrôle de légalité préfectoral *a posteriori* sur les actes des institutions publiques locales.

Avant ce régime, le préfet du département concerné pouvait sanctionner lui-même l'illégalité d'un acte ; à présent, il ne dispose plus que de la latitude de procéder à un déféré devant les tribunaux administratifs.

**Les documents reçus au titre du contrôle de légalité**, en matière de marchés et de conventions de service public, **sont immédiatement rendus exécutoires dès l'instant où le tampon « Reçu en préfecture » y est apposé**. Cela ne signifie pas pour autant qu'ils sont reconnus comme étant légaux par les services préfectoraux.

Ces derniers disposent de deux mois pour examiner ces pièces, adresser un courrier sollicitant des précisions ou documents complémentaires « *nécessaires à l'exercice du contrôle de légalité* », selon les termes consacrés (lettre d'observations), ou pour formuler un recours gracieux (demande d'annulation), ou encore engager un contentieux devant le tribunal administratif compétent.

Un préfet n'a toutefois pas pour mission de réaliser systématiquement des déférés préfectoraux.

**Mais**, le Conseil d'État, lors de son arrêt du 21 juin 2000 « Ministre de l'Équipement c/ Roquebrune-Cap-Martin », a considéré que **les carences de l'État dans l'exercice du contrôle de légalité** des actes des collectivités territoriales et de leurs établissements publics **engagent la responsabilité de l'État** dès lors qu'elles constituent une faute lourde.

Cette jurisprudence a été confirmée dans l'arrêt du 6 octobre 2000 « Ministère de l'Intérieur c/ commune de Saint-Florent ».

Eu égard à ses conséquences tant juridiques que financières, cette jurisprudence a contribué à accroître la vigilance des services investis des missions de contrôle de légalité et budgétaire.

#### *Un accroissement des moyens de contrôle*

L'article 47-III de la loi n° 92-125 du 6 février 1992 (loi ATR) octroie aux préfets la **possibilité de transmettre les marchés publics aux chambres régionales des comptes** (CGCT, art. L. 1411-18, et C. jur. fin., art. L. 234-1 à L. 234-2).

Les chambres doivent formuler des observations dans le délai d'un mois à compter de leur saisine. S'il ne s'agit que de simples avis insusceptibles de recours juridictionnels, ils permettent un examen poussé des conventions et sont donc susceptibles d'aider grandement les préfets dans le cadre de leur contrôle de légalité.

On pourra également se reporter à la circulaire du 7 décembre 1994 sur l'exercice du contrôle de légalité en marchés publics (*JO* du 31 mars 1995, p. 364) et à la circulaire du 29 juillet 1995 (*JO* du 15 octobre 1995, p. 42) et à celle du ministre de l'Intérieur du 24 février 2010.

### 1.1.2. Le contrôle des dépenses par le comptable public

Les comptables exercent, à l'occasion de chaque paiement, un contrôle de régularité au regard des règles de comptabilité publique.

Ils vérifient : la disponibilité des crédits, l'exacte imputation de la dépense, la justification du service fait, l'exactitude des calculs de liquidation.

Les comptables sont conduits à demander les pièces justificatives nécessaires à leurs contrôles.

Avant de procéder au paiement d'une dépense ne faisant pas l'objet d'un ordre de réquisition, les comptables publics des collectivités territoriales, des établissements publics locaux et des associations syndicales de propriétaires **ne doivent exiger que les pièces justificatives prévues pour la dépense correspondante dans la liste définie à l'annexe 1 du Code général des collectivités territoriales** (CGCT, art. D. 1617-19, issu du décret 2007-450 du 25 mars 2007).

### 1.1.3. Le contrôle de la Cour et des chambres régionales des comptes

Ces organismes exercent deux types de contrôles :

- un contrôle juridictionnel sur les comptes des comptables publics, qui peuvent être condamnés à reverser au Trésor public les sommes qu'ils ont versées à tort ;
- un contrôle administratif sur le bon emploi des fonds publics par les collectivités.

Depuis le décret n° 83-224 du 22 mars 1983, les chambres régionales des comptes sont habilitées à constater les infractions constitutives d'un délit pénal et à saisir le procureur de la République. Les liens entre les chambres et le parquet ont encore été renforcés par le décret n° 95-945 du 23 août 1995 devenu l'article L. 241-1 du Code des juridictions financières. S'agissant des marchés publics et de leurs avenants, un tel contrôle peut être suivi d'une saisine du parquet sur la base de la constitution d'un délit de favoritisme.

## 1.2. Les contrôles visant les personnes

Ils peuvent conduire à des sanctions personnelles prononcées contre les acheteurs publics.

### 1.2.1. Le contrôle de la Cour de discipline budgétaire et financière

En cas de fautes de gestion ou de négligences graves commises dans les services, la Cour de discipline peut prononcer à l'encontre des agents et des fonctionnaires publics des amendes et peut publier le jugement au *Journal officiel*. Les personnes déférées peuvent se faire assister d'un avocat.

Les élus ne sont pas justiciables de la Cour de discipline budgétaire et financière, sauf en cas d'inexécution d'une décision de justice.

### 1.2.2. Le contrôle de la Mission interministérielle d'enquête sur les marchés publics et les délégations de service public

Cette mission, créée par la loi du 3 janvier 1991 modifiée par les lois du 29 janvier 1993 et du 8 février 1995, est chargée de procéder, sur demande du préfet, à des enquêtes portant sur les conditions de régularité et d'impartialité dans lesquelles sont préparés, passés ou exécutés les marchés des collectivités territoriales et de leurs établissements publics, ainsi que des sociétés d'économie mixte locales (SEML).

Le champ d'action de la mission couvre donc la préparation des appels d'offres, la rédaction des cahiers des charges, les opérations de passation et les avenants.

Elle peut avoir accès aux documents administratifs et comptables locaux et pratiquer des saisies sur autorisation du juge.

Elle établit des rapports transmis au préfet et à l'autorité territoriale concernée, après avoir auditionné les parties intéressées.

Son rôle est essentiel en matière de délit de favoritisme.

**Son fonctionnement est décrit aux articles 119 à 124 du Code des marchés publics**.

### 1.2.3. Le contrôle exercé par les juridictions pénales

Il existe trois délits qui visent spécifiquement les acheteurs, que ceux-ci soient agents publics ou élus. Les juridictions pénales peuvent prononcer des peines de prison et des amendes.

#### *1. La corruption*

La corruption consiste à attribuer un marché à une entreprise en contrepartie d'un avantage que celle-ci fournit à l'acheteur public (Code pénal, art. 432-11). Les cas de corruption « involontaire » sont assez rares, encore qu'un manque de vigilance dans les rapports avec les entrepreneurs puisse un jour être qualifié de tel : cadeaux d'entreprise dépassant la simple intention modeste, voyage d'étude pour voir une réalisation dans une région à vocation généralement plus touristique, petits travaux réalisés à titre amical par un entrepreneur dans la propriété privée d'un élu ou d'un fonctionnaire et qui n'ont pas été facturés…

La corruption passive est passible de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 € d'amende.

#### *2. La prise illégale d'intérêts (délit d'ingérence)*

**La double casquette, élu local et entrepreneur, peut parfois être dangereuse**. Les mandats locaux peuvent présenter des risques pour ceux qui les exercent. Ainsi, il arrive que, dans certaines circonstances, les élus se retrouvent poursuivis pour délit de prise illégale d'intérêts. C'est un délit pénal qui réprime le fait d'être à la fois « juge et partie », c'est-à-dire d'être titulaire de responsabilités et d'être en situation d'utiliser ses pouvoirs au bénéfice de son entreprise ou de sa famille. Il s'agit du délit de « prise illégale d'intérêts » (anciennement appelé « délit d'ingérence ») qui est susceptible de s'appliquer lorsqu'un entrepreneur est élu municipal, ou membre d'une chambre de commerce et d'industrie lorsqu'il est décisionnaire pour l'attribution de marchés (par exemple) ou la délivrance de permis de construire et lorsque ses intérêts personnels ou professionnels sont en jeu.

Le délit de prise d'illégale d'intérêts figure à **l'article 432-12 du Code pénal** :

> *Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende.*
> *Toutefois, dans les communes comptant 3 500 habitants au plus, les maires, adjoints ou conseillers municipaux délégués ou agissant en remplacement du maire peuvent chacun traiter avec la commune dont ils sont élus pour le transfert de biens mobiliers ou immobiliers ou la fourniture de services dans la limite d'un montant annuel fixé à 16 000 €.*

**L'article L. 2122-26 du Code général des collectivités territoriales** indique :

> *Dans le cas où les intérêts du maire se trouvent en opposition avec ceux de la commune, le conseil municipal désigne un autre de ses membres pour représenter la commune, soit en justice, soit dans les contrats.*

**L'article L. 422-7 du Code de l'urbanisme** indique :

> *Si le maire ou le président de l'établissement public de coopération intercommunale est intéressé au projet faisant l'objet de la demande de permis ou de la déclaration préalable, soit en son nom personnel, soit comme mandataire, le conseil municipal de la commune ou l'organe délibérant de l'établissement public désigne un autre de ses membres pour prendre la décision.*

Le délit de prise illégale d'intérêts suppose donc la réunion de trois conditions :

1. la possession de la qualité de personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ;
2. la charge, pour son auteur, d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement d'une affaire ;
3. dans laquelle il a des intérêts directs ou indirects, matériels ou moraux.

#### *La notion de mission de service public est largement entendue*

Le président du conseil départemental de la Croix-Rouge française a été condamné pour avoir confié l'organisation de stages à une société dont son épouse était la gérante de fait et son fils le gérant de droit. Lors de son pourvoi en cassation, le prévenu a considéré que la Croix-Rouge se bornait à organiser une « solidarité privée » et n'assumait pas une mission de service public. La Cour de cassation rejette ce moyen : le prévenu était bien une personne investie d'une mission de service public car chargée « *d'exercer une fonction ou d'accomplir des actes ayant pour but de satisfaire à l'intérêt général* ». En outre, son rôle lui conférait les pouvoirs nécessaires pour passer des actes litigieux avec une société dans laquelle il avait des intérêts familiaux (Cass. crim., 3 avril 2007).

#### *L'intérêt peut être matériel ou moral, direct ou indirect*

Un maire s'est vu reprocher d'avoir conclu un contrat d'édition pour un livre consacré à la commune avec une association ayant pour président le concubin de sa fille. Ce contrat a donné lieu au versement d'un acompte de 80 000 F réglé à l'association, laquelle a reversé 20 000 F à la fille du maire et 25 000 F à son frère, en sa qualité de trésorier. Le prévenu reprochait à la cour d'appel de n'avoir pas « *parallèlement rapporté la preuve d'un avantage quelconque, distinct de la seule relation familiale* » et de s'être borné à « *indiquer que le prévenu avait privilégié sa fille, sans vérifier si l'association pour laquelle elle travaillait avait ou non les*

*compétences nécessaires pour assurer l'édition du livre litigieux ni s'assurer que le prévenu avait l'espérance d'un avantage distinct* ». Or, selon la Cour de cassation, « *dès lors que le délit de prise illégale d'intérêts est caractérisé par la prise d'un intérêt matériel ou moral, direct ou indirect, la cour d'appel a fait une exacte application de l'article 432-12 du Code pénal* » (Cass. crim., 8 mars 2006).

Ce faisant, elle reprend **la jurisprudence classique qui n'exige pas que le prévenu ait retiré de l'opération critiquée un bénéfice, ni que la collectivité ait subi un préjudice pour que l'infraction soit constituée** (CA Poitiers, 3 mai 1952).

De même, la Cour de cassation avait déjà jugé que le délit est caractérisé par la prise d'un intérêt moral même indirect, par exemple, lorsqu'un élu attribue un marché à l'entreprise dirigée par son épouse (Cass. crim., 19 novembre 2003).

De même, est constitutif du délit de prise illégale d'intérêts le fait pour un conseiller municipal de participer au vote d'une subvention à une association qu'il préside, peu importe que cette association ait un objectif d'intérêt général et que l'élu n'en ait retiré aucun profit personnel : « *L'intérêt, matériel ou moral, direct ou indirect, pris par des élus municipaux en participant au vote des subventions bénéficiant aux associations qu'ils président entre dans les prévisions de l'article 432-2 du Code pénal ; qu'il n'importe que ces élus n'en aient retiré un quelconque profit et que l'intérêt pris ou conservé ne soit pas en contradiction avec l'intérêt communal* » (Cass. crim., 22 octobre 2008).

#### *Plusieurs délégations imprécises peuvent valoir délégation au sens du droit pénal*

Ainsi, monsieur X « *disposait, en sa qualité de vice-président de la chambre de commerce et d'industrie de Toulouse, d'une délégation générale d'ordonnateur lui permettant de déclencher tous les règlements effectués par la chambre de commerce et d'industrie au titre des dépenses de fonctionnement* ». Or l'ordonnateur n'intervient pas dans l'attribution des marchés, mais en l'espèce il bénéficiait aussi « *d'une délégation du bureau de la CCI pour assurer plus particulièrement le suivi des actions concernant l'aéroport* et *tous les dossiers concernant des marchés liés à l'aéroport lui étaient préalablement transmis pour avis* » (or, un avis ne constitue pas une véritable décision). Pourtant, ces constatations ont conduit la cour d'appel à juger que « *Monsieur X a sciemment participé aux adjudications faites par la chambre au profit des sociétés dans lesquelles il détenait une participation ; que dès lors il doit être déclaré coupable du délit d'ingérence* » (CA Toulouse, 22 mars 2006).

En conclusion, bien que la personne concernée n'ait pas été décisionnaire au strict point de vue administratif, la pluralité de délégations a pu entraîner la qualification d'auteur à son encontre. Il convient donc que les entrepreneurs soient particulièrement vigilants lorsqu'ils acceptent des délégations de pouvoirs, surtout lorsqu'elles sont plurales.

#### *La dérogation pour les communes de moins de 3 500 habitants ne peut viser un proche de l'élu*

L'article 432-12 du Code pénal prévoit que, dans les communes de moins de 3 500 habitants, les maires peuvent *traiter avec la commune* pour la fourniture de services, le montant annuel maximum étant de 16 000 € (ce qui permet, par exemple, à un maire de louer pour son compte une parcelle de terrain appartenant à la commune). Cependant, la rédaction de cet article ne prévoit la dérogation à la notion de prise illégale d'intérêts que lorsque le maire ou l'adjoint est personnellement cocontractant de la commune. Un parlementaire a ainsi saisi le ministère de la Justice de la question de savoir si, par exemple, cela exclut toute possibilité pour la commune de louer une parcelle de terrain au fils ou à un proche parent du maire.

La réponse de la chancellerie a été la suivante :

> *Cependant, dans son rapport annuel de 1999, la Cour de cassation estime qu'une* ***interprétation stricte de la permission prévue par la loi doit conduire à ce qu'un parent du maire ne puisse*** **[pas]** ***bénéficier de cette autorisation****. En conséquence, la décision du maire en ce sens l'exposerait à des poursuites pour prise illégale d'intérêts.*

*La participation sans vote peut constituer un délit de prise illégale d'intérêts*

Un conseiller municipal avait été condamné pour prise illégale d'intérêts à l'occasion de l'achat d'un terrain à la commune. Pour sa défense, ce conseiller municipal soutenait que l'élément matériel du délit manquait, puisqu'il n'avait pas pris part aux votes sur le projet et était même sorti au moment des scrutins.

Cet argument a été rejeté par la Cour de cassation : « *La participation, serait-elle exclusive de tout vote, d'un conseiller d'une collectivité territoriale à un organe délibérant de celle-ci, lorsque la délibération porte sur une affaire dans laquelle il a un intérêt, vaut surveillance ou administration de l'opération au sens de l'article 432-12 du Code pénal*. »

Ainsi, le seul fait pour un élu local de participer, même sans voter, à la réunion de l'organe délibérant de sa collectivité qui prend une décision à laquelle il a intérêt, est constitutif du délit de prise illégale d'intérêts, selon la chambre criminelle de la Cour de cassation dans un arrêt du 14 novembre 2007.

Cette décision est à rapprocher de celle qui posait le même principe pour un élu ayant pris part au vote (Cass. crim., 19 mai 1999).

*Société d'économie mixte (SEM) : risques réels pour les représentants des collectivités quand une SEM soumissionne pour la collectivité*

Dans une réponse publiée au *Journal officiel du Sénat* du 23 avril 2009 à une question écrite de Jean-Louis Masson, les services du ministère de la Justice rappellent les principes régissant le statut d'élu d'une collectivité, désigné par la collectivité pour la représenter au conseil d'administration d'une société d'économie mixte (SEM). La question se pose, en particulier, lorsque cette SEM soumissionne un marché public ou une délégation de service public passé par ladite collectivité.

Les services du ministère rappellent d'abord l'article L. 1524-5 du Code général des collectivités territoriales qui précise :

> *Les élus locaux agissant en tant que mandataires des collectivités territoriales ou de leurs groupements au sein du conseil d'administration ou de surveillance des sociétés d'économie mixte locales et exerçant les fonctions de membre ou de président du conseil d'administration, de président-directeur général ou de membre ou de président du conseil de surveillance, ne sont pas considérés comme étant intéressés à l'affaire, au sens de l'article L. 2131-11, lorsque la collectivité ou le groupement délibère sur ses relations avec la société d'économie mixte locale.*
> ***Toutefois, ils ne peuvent participer aux commissions d'appel d'offres ou aux commissions d'attribution de délégations de service public de la collectivité territoriale ou du groupement lorsque la société d'économie mixte locale est candidate à l'attribution d'un marché public*** *ou d'une délégation de service public dans les conditions prévues aux articles L. 1411-1 et suivants.*

**La réponse ministérielle rappelle que le fait de participer au vote d'attribution est une infraction à l'article L. 1524-5 du Code général des collectivités territoriales, et que l'élu est exposé à une condamnation pour délit de prise illégale d'intérêts.**

La prise illégale d'intérêts est passible de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende.

#### *3. Le favoritisme*

Le favoritisme consiste, pour un acheteur, à attribuer un avantage injustifié à une entreprise en n'appliquant pas les règles d'égalité et de publicité prescrites par la réglementation des marchés publics (Code pénal, art. 432-14).

**Le favoritisme peut notamment résulter des comportements suivants :**

- avantager une entreprise en la faisant bénéficier seule d'informations qui la favorisent par rapport à ses concurrentes ;
- prévoir des clauses techniques « sur mesure » qui ne peuvent être satisfaites à l'évidence que par une seule entreprise déterminée ;
- sous-estimer volontairement le coût des prestations pour pouvoir déclarer un appel d'offres infructueux et choisir ensuite l'entreprise avec laquelle le marché sera négocié.

**Mais d'autres hypothèses peuvent être reconnues :**

- faire jouer la préférence locale ;
- partager un marché entre plusieurs entreprises ;
- modifier un dossier technique en cours de consultation et ne l'adresser qu'à une seule entreprise ;
- désigner une marque, un procédé technique ;
- solliciter des offres de couverture ;
- parfois même une simple erreur de procédure ;
- ou une atteinte à la concurrence.

*Une définition large des personnes concernées par le délit de favoritisme*

L'article 432-14 du Code pénal fait référence à toute personne :

- dépositaire de l'autorité publique ;
- ou chargée d'une mission de service public ;
- ou investie d'un mandat électif public ;
- ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'État, d'un établissement public, d'une collectivité territoriale ou d'un de ses établissements publics ou d'une SEM ;
- ou toute personne agissant pour le compte de l'une des personnes susvisées.

En revanche, le contrat de partenariat ne semble pas entrer dans ce champ d'application.

Les personnes qui agissent comme **mandataires** pour le compte de personnes soumises à l'obligation de concurrence au moyen de procédures formalisées doivent donc appliquer la réglementation concernant leur mandant. Il en va de même du **maître d'œuvre** lié par contrat au maître d'ouvrage ou au maître d'ouvrage délégué. Par ailleurs, désormais **tous les établissements publics sont concernés** (alors que, lors du vote du Nouveau Code pénal, seuls les établissements publics n'ayant pas le caractère industriel et commercial entraient dans le champ d'application du délit de favoritisme).

*Les interrogations liées au délai de prescription du délit de favoritisme*

Deux arrêts de la Cour de cassation (Cass. crim., 27 août 1999, Gayet ; et 3 janvier 2000, Quais et Godard) ont fixé ce point de départ au jour où le délit a été révélé à l'autorité chargée de mettre en œuvre l'action publique, sauf s'il a été volontairement dissimulé par son ou ses auteurs.

Le délit de favoritisme est passible de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende et des peines complémentaires de l'article 432-17, avec notamment l'interdiction d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise.

*Le recel de favoritisme*

L'article 321-1 du Code pénal permet de retenir sous la qualification de recel le fait de bénéficier en connaissance de cause du produit de l'infraction. Dans un arrêt de principe du 28 janvier 2004 (*Bull. crim.*, n° 23, n° 02-86597), la Cour de cassation a retenu comme constitutif du délit de recel le bénéfice, en connaissance de cause, de l'attribution d'un marché irrégulièrement passé. Il importe de retenir que le délit de recel est constitué tant que la détention du marché se poursuit, à la différence du délit de favoritisme qui se prescrit en principe trois ans après la notification du marché (sauf dissimulation).

En pratique, l'une des formes les plus courantes de l'avantage injustifié est l'obtention d'informations privilégiées. La jurisprudence met donc particulièrement en lumière les risques encourus par les entreprises qui, dans le cadre de démarches commerciales, dépassent la limite de ce qui est permis, notamment en réalisant de véritables études gratuites (Cass. crim., 20 avril 2005, n° 04-83017 ; *Bull. crim.*, n° 23).

Un entrepreneur qui s'est vu attribuer un marché public d'études par une commune dont le maire était son ami, alors que son offre était dépourvue de toute faisabilité, d'un montant quatre fois supérieur à la valeur réelle des travaux estimés et qu'il savait qu'aucune mise en concurrence n'allait être effectuée, a profité sciemment du délit de favoritisme commis. Il est donc reconnu coupable de recel du délit de favoritisme reproché à l'élu local, et ce même si la commune avait recouru à un appel d'offres sans y être légalement obligée (Cass. crim., 15 mai 2008).

*Extension du champ d'application du délit de favoritisme*

Dans un arrêt du 21 septembre 2005 (« Société Cyclergie c/ Sytrad »), la chambre criminelle de la Cour de cassation sanctionne non pas la volonté de favoriser une entreprise, mais au contraire celle de **rompre le principe d'égalité entre les candidats en défavorisant une ou plusieurs entreprises**.

La qualification de délit de favoritisme pour un manquement à un principe fondamental de la commande publique, et spécialement au principe d'égalité, n'est pas une nouveauté (Cass. 3e civ., 2 juin 2003). Mais la rupture d'égalité est souvent commise dans le but de favoriser un candidat déterminé.

En considérant qu'en excluant un candidat sans raison, le délit est constitué dès lors que cette exclusion profite à un autre soumissionnaire, la Cour ne déforme pas le délit d'octroi d'avantage injustifié. Elle étend l'application de ce délit à des situations nouvelles.

À l'extrême, une telle décision pourrait avoir pour conséquence que toute entreprise soumissionnaire dont la candidature ou l'offre est illégalement déclarée irrecevable, ou dont

l'évaluation est entachée d'une erreur manifeste d'appréciation, indépendamment de la justesse d'évaluation de l'entreprise « mieux-disante », peut engager une procédure pour délit de favoritisme.

# 2. Les recours dans les marchés publics

Des litiges entre l'État, ou les collectivités publiques, et les entreprises peuvent naître à l'occasion soit de la passation, soit de l'exécution des marchés.

## 2.1. Litiges portant sur la passation du marché

**Avant** la signature du marché, les entreprises dont l'offre a été rejetée et qui estiment avoir été lésées en raison d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence, peuvent faire un référé **précontractuel.**

Très souvent, le manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence se traduit par le fait que les principes qui sous-tendent la commande publique (transparence, égalité de traitement des candidats, liberté d'accès à la commande publique) n'ont pas été respectés.

Le référé précontractuel est le recours de droit commun.

**Après** la signature du marché avec un concurrent, les entreprises dont l'offre a été rejetée et qui estiment avoir été lésées en raison d'un manquement très grave aux obligations de publicité et de mise en concurrence peuvent faire un référé **contractuel** dans des cas très limités.

Elles peuvent aussi présenter **un recours dit « Tarn-et-Garonne » ou « Tropic II »** assorti d'une demande d'indemnités.

Mais le contentieux de la passation commence bien souvent pour le candidat évincé par la **nécessité d'obtenir les motifs de son éviction**.

### 2.1.1. Candidats évincés : motifs de l'éviction, recours gracieux, communication de documents

#### *1. Motifs de l'éviction et caractéristiques de l'offre retenue*

La marche à suivre est différente en appel d'offres et en MAPA. Dans un appel d'offres (procédure formalisée), le pouvoir adjudicateur doit immédiatement informer les candidats évincés des motifs du rejet de leur candidature ou de leur offre. En MAPA (marché à procédure adaptée), c'est le candidat évincé qui doit demander les motifs de son éviction.

*Procédure formalisée : information immédiate obligatoire*

Dans les marchés passés selon une procédure formalisée (appel d'offres ouvert ou restreint, marché négocié avec mise en concurrence, dialogue compétitif), l'acheteur public a l'obligation d'informer immédiatement le candidat évincé du rejet de sa candidature ou de son offre. C'est ce que l'on appelle « l'information immédiate obligatoire » de l'article 80 du Code des marchés publics.

**Article 80 du Code des marchés publics**

*Pour les marchés […] passés selon une procédure formalisée […], le pouvoir adjudicateur, dès qu'il a fait son choix pour une candidature ou une offre, notifie à tous les autres candidats le rejet de leur candidature ou de leur offre, en leur indiquant les motifs de ce rejet.*
*Cette notification précise le nom de l'attributaire et les motifs qui ont conduit au choix de son offre aux candidats ayant soumis une offre et à ceux n'ayant pas encore eu communication du rejet de leur candidature.*
*Un délai d'au moins seize jours est respecté entre la date d'envoi de la notification prévue aux alinéas précédents et la date de conclusion du marché. Ce délai est réduit à au moins onze jours en cas de transmission électronique de la notification à l'ensemble des candidats intéressés.*
*[…]*

Ainsi, à l'issue de l'examen des candidatures, l'acheteur public doit :
- informer toutes les entreprises dont la candidature a été écartée ;
- et leur donner les motifs de leur rejet.

Puis, à l'issue de l'examen des offres, l'acheteur public doit notifier aux autres candidats évincés :
- le rejet de leur offre ;
- les motifs de ce rejet ;
- le nom de l'attributaire du marché ;
- et la durée du délai de suspension de la signature du marché (délai de standstill).

**Le délai de suspension de la signature du marché (délai dit de standstill)**

*Le délai de suspension de la signature du marché a pour objet de permettre aux candidats évincés de faire un référé précontractuel.*
*Si le rejet de l'offre a été signifié par voie postale, la signature du marché doit être suspendue pendant un délai minimum de seize jours.*
*Si le rejet a été signifié à tous les candidats par voie électronique (y compris par télécopie), la signature du marché devra être suspendue pendant un délai minimum de onze jours.*
*Ce délai n'est pas un délai franc, il se calcule de date à date (CE, 2 août 2011, Clean Garden).*
*Pour les pouvoirs adjudicateurs non soumis au Code des marchés publics, le délai de standstill ne commence à courir qu'à compter de l'émission de la notification complète aux candidats évincés du rejet de leurs candidatures (Cass., Com., 6 janvier 2015, Société immobilière de Mayotte (SIM)). Le délai de standstill des pouvoirs adjudicateurs non soumis au Code des marchés publics est prévu à l'article 46 du décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005).*

*MAPA : information sur la demande du candidat évincé*

**Dans les MAPA** (marchés à procédure adaptée), il n'y a pas d'information immédiate obligatoire du candidat évincé, et le **délai de suspension de la signature du marché** (délai de standstill) **ne s'impose pas**, bien que l'acheteur public puisse s'y soumettre volontairement (CE, 19 janvier 2011, Grand Port Maritime du Havre ; et CE, 11 décembre 2013, Grand Port Maritime de la Martinique).

En MAPA, en matière d'éviction, l'obligation du pouvoir adjudicateur est une « information sur la demande du candidat évincé » (article 83 du Code des marchés publics).

**Article 83 du Code des marchés publics**

*Le pouvoir adjudicateur communique à tout candidat écarté qui n'a pas été destinataire de la notification prévue à l'article 80 les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre dans les quinze jours de la réception d'une demande écrite à cette fin.*
*Si le candidat a vu son offre écartée alors qu'elle n'était aux termes de l'article 35 ni inappropriée, ni irrégulière, ni inacceptable, le pouvoir adjudicateur est, en outre, tenu de lui communiquer les* **caractéristiques et les avantages de l'offre retenue ainsi que le nom du ou des attributaires du marché…**

Ainsi, le pouvoir adjudicateur doit communiquer au candidat évincé, dans les quinze jours suivant sa demande écrite **:**

- les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre **;**
- les caractéristiques et les avantages de l'offre retenue (si l'offre du candidat écarté n'est ni inappropriée, ni irrégulière, ni inacceptable) **;**
- ainsi que le nom du ou des attributaires du marché (si l'offre du candidat écarté n'est ni inappropriée, ni irrégulière, ni inacceptable).

***Une offre inacceptable*** *est une offre qui méconnaît la législation en vigueur ou qui est supérieure aux crédits budgétaires alloués au marché.*
***Une offre irrégulière*** *est une offre incomplète ou qui ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation.*
***Une offre inappropriée*** *est une offre qui apporte une réponse sans rapport avec le besoin du pouvoir adjudicateur.*

*Le contenu des informations à communiquer au candidat évincé*

Un candidat évincé d'une procédure de marché public doit se voir communiquer tous les éléments lui permettant de comprendre la motivation du classement de son offre. Cette information doit lui permettre d'apprécier les conditions d'attribution du marché et, le cas échéant, l'opportunité d'introduire un recours afin de contester la décision d'attribution. En d'autres termes, cette information doit lui permettre de comprendre pourquoi son offre n'a pas été retenue et pourquoi celle de son concurrent l'a été.

Le Conseil d'État estime que la **lettre de rejet est suffisamment motivée si elle précise le classement de l'offre du candidat évincé, les notes qui lui ont été attribuées ainsi que le nom de l'attributaire et les notes obtenues par ce dernier** (CE, 15 février 2013, Département de l'Allier).

La jurisprudence est venue préciser ce que peut recouvrir en pratique « *les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue ainsi que le nom de l'attributaire* ». Il s'agit notamment **:**

- des notes obtenues au titre des sous-critères (CE, 7 nov. 2014, SDTDM de l'Aisne) **;**
- des délais d'exécution proposés (CE, 11 mars 2013, Min. de la Défense c/ Aeromécanic) **;**
- des éléments de comparaison entre les deux offres (CE, 20 fév. 2013, Société Laboratoire) **;**
- du prix de l'offre retenue (CE, 7 nov. 2014, SDTDM de l'Aisne).

**La seule limite est liée au respect du secret industriel et commercial** et au maintien d'une concurrence loyale entre les entreprises. Ces principes s'opposent ainsi, par exemple, à la communication du bordereau de prix unitaires (BPU) ou encore des prix proposés par les autres candidats dont les offres n'ont pas été retenues.

*La sanction du défaut d'information*

**Une obligation de publicité et de mise en concurrence**. L'information des candidats évincés (en procédure formalisée et en MAPA) constitue une obligation de publicité et de mise en concurrence. Le non-respect de cette obligation est sanctionné par le juge des référés précontractuels et contractuels.

**Obligation de prouver la lésion**. Ce manquement ne peut être invoqué par le requérant que s'il est susceptible de le léser ou risque de le léser au stade auquel se rapporte le manquement dans la procédure (CE, Section, 3 octobre 2008, Smirgeomes).

Tel est le cas lorsque la méconnaissance de l'obligation d'information a empêché l'entreprise de contester utilement le rejet de son offre (CE, 6 mars 2009, Commune d'Aix en Provence).

En revanche, ce manquement n'est pas constitué si les motifs détaillés de ce rejet ont été communiqués au candidat évincé, à la date à laquelle le juge des référés statue (CE, 6 mars 2009, Syndicat mixte de la région d'Auray-Belz-Quiberon).

**L'absence de réponse à une demande d'information constitue un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence** (CE, 21 janv. 2004, Sté Aquitaine Démolition).

**En pratique**, le juge administratif, saisi d'un référé précontractuel ou d'un référé contractuel, va constater l'absence de communication des informations obligatoires, enjoindre à l'acheteur public de communiquer ces informations et surseoir à statuer dans l'attente de cette communication (CE, 7 nov. 2014, SDTDM de l'Aisne). Si, à l'issue de cette communication, le candidat écarté établit qu'il a irrégulièrement été évincé alors qu'il avait une chance sérieuse d'emporter le marché, il pourra prétendre à l'indemnisation de son manque à gagner (CE, 19 janv. 2015, OPH de Thionville).

**Une communication tardive peut-elle être assimilée à un défaut d'information ?** Dans une affaire portée devant le Tribunal de l'Union européenne, malgré de très nombreuses demandes d'informations complémentaires, le Parlement européen, qui avait organisé un appel d'offres pour renouveler un marché de traduction en langue grecque, n'a pas communiqué à la société belge qui en faisait la demande l'offre financière du candidat classé en première position ni le prix proposé. Le Tribunal de l'Union européenne, qui bénéficie d'une compétence exclusive s'agissant d'un marché passé par une institution européenne, sanctionne ce manquement en rappelant le contenu de l'information devant obligatoirement être communiquée au candidat évincé. Puis, alors même qu'en cours d'instance, le Parlement avait finalement décidé de communiquer le prix de l'offre retenue, le tribunal estime qu'aucune circonstance exceptionnelle ne justifie la tardiveté de cette communication et qu'en conséquence, il y a lieu d'annuler la décision du Parlement de sélectionner en deuxième position l'offre des requérants. En d'autres termes, l'information doit être communiquée en temps utile, une communication tardive étant assimilée à un défaut d'information (TUE, 14 janv. 2015, aff. T-667/11, Veloss et Attimedia c/ Parlement). Rien ne permet toutefois d'affirmer que les juridictions françaises appliqueront la même sévérité.

### *2. Les recours gracieux ou hiérarchiques*

Le candidat évincé peut d'abord saisir l'Administration d'un recours gracieux ou d'un recours hiérarchique : il s'agit de recours exercés devant l'autorité qui a pris la décision ou devant son supérieur hiérarchique. Ces recours revêtent un caractère entièrement facultatif. L'Administration n'est pas obligée de répondre. C'est souvent l'occasion pour un entrepre-

neur d'obtenir des informations utiles en cas de recours contentieux. L'exercice de ces recours proroge le délai du recours pour excès de pouvoir.

À l'occasion d'une question posée par M. Jean-Louis Masson, sénateur, le ministre de l'Intérieur a eu l'occasion de répondre que « *la demande d'un candidat évincé à un marché public tendant à l'annulation de la procédure ou la résiliation du marché ne s'attache pas aux demandes de communication des motifs de rejet prévues aux articles 80 et 83 du Code des marchés publics. Elle constitue, en revanche, une réclamation ou un recours administratif au sens de l'article 21 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, dans sa version issue de la loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013 habilitant le Gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens. Dans ces conditions, et en application des dispositions de l'article R. 421-2 du Code de justice administrative, "le silence gardé pendant plus de deux mois sur une réclamation par l'autorité compétente vaut décision de rejet". Cette règle n'est pas remise en cause par la loi du 12 novembre 2013 précitée, celle-ci confirmant que "le silence gardé par l'administration pendant deux mois vaut décision de rejet […] lorsque la demande […] présente le caractère d'une réclamation ou d'un recours administratif". Aux termes de l'article R. 421-2 du Code de justice administrative précité, l'auteur de la demande dispose d'un délai de deux mois, à compter de la date à partir de laquelle la décision de l'administration est acquise, pour saisir la juridiction administrative* » (*JO Sénat* du 15 mai 2014, p. 1146).

#### *3. Quels sont les documents dont le juge peut ordonner la communication ?*

**À l'égard de l'Administration**, le juge peut requérir la production de tous documents à la seule exception de ceux qui sont couverts par un secret garanti par la loi (CE, Ass., 11 mars 1955, Coulo ; CE, 23 décembre 1988, Banque de France).

**À l'égard des parties à l'instance**, le juge administratif, et notamment le juge des référés, est tenu de communiquer avant la clôture de l'instruction, par tous moyens, notamment en les mettant à même d'en prendre connaissance à l'audience publique, les pièces et mémoires soumis au débat contradictoire qui servent de fondement à sa décision et qui comportent des éléments de fait ou de droit dont il n'a pas été antérieurement fait état au cours de la procédure (CE, 28 mai 2001, Société Codiam).

**Toutefois**, si l'objet même du litige porte sur la communication d'un document, tel qu'une pièce se rapportant à un marché public, le recours au juge administratif n'est tout d'abord possible que si la Commission d'accès aux documents administratifs a été saisie, préalablement à ce recours, du refus de l'Administration de communiquer le document litigieux conformément au dernier alinéa de l'article 20 de la loi du 17 juillet 1978 modifiée.

**Voir la fiche du ministère de l'Économie** et des Finances : www.economie.gouv.fr (Commande publique/Marchés publics/Conseils aux acheteurs/La communication des documents administratifs en matière de marchés publics).

**Par ailleurs**, la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) a examiné la demande de conseil de la ville de Toulon relative au caractère communicable de documents financiers dans le cadre d'un appel d'offres européen.

**La CADA rappelle que :**

> *L'examen des offres des entreprises au regard du respect du secret en matière industrielle et commerciale conduit à considérer que, sous réserve des spécificités propres à chaque marché :*

– *l'offre de prix détaillée, c'est-à-dire* ***le bordereau des prix unitaires de l'entreprise retenue****, est en principe* ***communicable*** *dans la mesure où elle fait partie intégrante du marché ou du contrat ;*
– ***l'offre de prix globale des entreprises non retenues*** *est, en principe, elle aussi* ***communicable*** *;*
– ***le détail technique et financier des offres de ces entreprises non retenues n'est pas communicable****. En conséquence, il ne peut, en aucun cas, être fait droit à une demande de communication des offres de ces entreprises. De plus, doivent être occultés dans les documents préparatoires à la passation du marché (procès-verbaux, rapports d'analyse des offres) les mentions relatives aux détails techniques et financiers de ces offres.*

La difficulté en l'espèce était que les prix unitaires risquaient d'être réutilisés dans le cadre d'une prochaine consultation, circonstance particulière susceptible de remettre en cause la communicabilité du bordereau. Mais la CADA relève que, dans le cas présent, **le fait qu'une nouvelle consultation puisse être lancée à brève échéance, incluant certains postes de prix unitaires figurant dans le bordereau de prix unitaires (BPU) demandé par l'entreprise évincée, ne suffisait pas à caractériser un risque d'atteinte à la concurrence**, compte tenu de la « spécificité » de l'opération de travaux concernée. Pas d'obstacle à la communication du BPU en l'espèce, tranche donc la CADA (Conseil CADA, n° 20092697, 10 septembre 2009).

### 2.1.2. Litiges portant sur la passation du marché : le référé précontractuel (CJA, art. L. 551-1 et suivants)

Avant la signature d'un contrat, les entreprises dont l'offre a été rejetée et qui estiment avoir été lésées en raison d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence, peuvent faire un référé précontractuel.

C'est le recours de droit commun.

#### *Quel est l'objet du référé précontractuel ?*

Le référé précontractuel permet à un candidat qui constate un manquement du pouvoir adjudicateur à l'une de ses obligations de publicité ou de mise en concurrence, d'obtenir du juge des référés qu'il prononce les mesures nécessaires pour remédier à ce manquement.

La méconnaissance par le pouvoir adjudicateur de dispositions garantissant la publicité, la transparence, l'égalité de traitement des candidats ou la liberté d'accès des entreprises à la commande publique, est généralement invoquée.

#### *Quels sont les contrats concernés ?*

Concrètement, en plus des marchés publics et des marchés soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005, sont concernés les contrats de partenariat, les BEA, les AOT, ou encore les concessions d'aménagement, les concessions de travaux ou les délégations de service public.

#### *Quand exercer un référé précontractuel ?*

Un référé précontractuel doit être impérativement exercé avant la signature du contrat. C'est une procédure purement préventive. Il est irrecevable s'il est déposé alors que le contrat a déjà été signé. De même, le juge est dessaisi si la signature du marché a lieu en cours d'instance… même en cas de méconnaissance du délai de standstill.

***Quels sont les pouvoirs du juge du référé précontractuel ?***

Ils sont très larges.

Le juge peut **suspendre** la procédure de passation du contrat dans l'attente de sa régularisation (en cas de problème dans l'AAPC ou dans le règlement de la consultation, par exemple).

Le juge peut **enjoindre** au pouvoir adjudicateur de se conformer à ses obligations de publicité et de mise en concurrence (régulariser la publicité ou la composition du dossier de consultation, ou les conditions d'examen des candidatures ou des offres, par exemple).

Le juge peut **supprimer** les clauses prévues dans le contrat qui méconnaissent les obligations de publicité et de mise en concurrence (exiger la suppression d'un critère de sélection des offres discriminatoire, par exemple).

Le juge peut **annuler** les décisions qui se rapportent à la passation du contrat (annuler la décision d'écarter une entreprise et exiger la réintégration du candidat irrégulièrement évincé, annuler la totalité d'une procédure irrégulière, par exemple[7]).

**Mais le juge ne peut pas accorder d'indemnité** à l'entreprise évincée. Si l'entreprise veut se faire dédommager de la perte d'une chance sérieuse ou très sérieuse d'avoir le contrat, elle devra faire un recours dit « Tarn-et-Garonne » ou « Tropic Travaux 2 ».

***Qui peut engager un référé précontractuel ?***

Les personnes qui ont un intérêt à conclure le contrat et sont susceptibles d'être lésées par un manquement du pouvoir adjudicateur à l'une de ses obligations de publicité ou de mise en concurrence « au stade de la procédure auquel ce manquement se rapporte ». En pratique, ce sont les concurrents évincés [8] [9]de la procédure de passation et le préfet.

***Comment s'apprécie le manquement du pouvoir adjudicateur ?***

Le Conseil d'État considère qu'un pouvoir adjudicateur est sanctionnable (en raison d'un manquement à l'une de ses obligations de publicité ou de mise en concurrence) si le manquement est susceptible, eu égard à sa portée et au stade de la procédure auquel il se rapporte, d'avoir lésé ou risqué de léser le requérant, fût-ce de façon indirecte, en avantageant une entreprise concurrente[10].

***Que veut dire « eu égard à sa portée et au stade de la procédure de passation auquel ce manquement se rapporte » ?***

Si une entreprise est éliminée au stade des candidatures, elle ne pourra pas invoquer une irrégularité dans la phase des offres, et inversement, si elle est éliminée au stade des offres, elle ne pourra pas invoquer une irrégularité dans la phase des candidatures.

---

7. Lorsque le manquement se rapporte à la seule phase de sélection des offres, le juge des référés ne peut annuler la procédure qu'à compter de l'examen des offres. Il commet une erreur de droit en annulant l'ensemble de la procédure et en enjoignant au département, s'il entendait la poursuivre, de la reprendre en intégralité (CE, 12 janvier 2011, Département du Doubs).
8. Et ce quel qu'ait été le rang de classement du candidat à l'issue du jugement des offres, dès lors que son offre était régulière et acceptable (CE, 11 avril 2012, Syndicat ODY 1218 Newline du Lloyd's de Londres).
9. Le requérant doit avoir présenté sa candidature ou démontré qu'il a été empêché de le faire pour que sa requête soit recevable (CE, 23 juillet 2012, Commune de Villefranche-sur-Mer).
10. CE, 3 octobre 2008, Smirgeomes ; et Cass., Com., 23 octobre 2012, Société immobilière picarde : pour les marchés privés soumis aux règles de la commande publique.

Mais une entreprise qui se situe au stade des offres pourra toujours invoquer une irrégularité relative aux conditions de candidature figurant dans l'avis d'appel public à la concurrence lorsque ces manquements risquent de la léser en avantageant une entreprise concurrente.

En d'autres termes, toute irrégularité relative aux obligations de publicité et de mise en concurrence peut conduire à l'annulation de la procédure, mais toutes les irrégularités ne peuvent pas être soulevées à n'importe quel moment.

#### *Quel est l'intérêt de notifier le référé au pouvoir adjudicateur ?*

Le candidat évincé est tenu de notifier son référé précontractuel au pouvoir adjudicateur en même temps qu'il dépose son recours devant le tribunal.

Après cette notification, le pouvoir adjudicateur a l'obligation de suspendre sa décision de signer le contrat dans l'attente de la décision du juge sur le recours.

Mais l'omission de cette notification n'implique pas l'irrecevabilité du référé[11], car le Conseil d'État considère que la notification est prévue uniquement dans l'intérêt de l'auteur du référé. Il pourra donc exercer son recours (sauf si le pouvoir adjudicateur a signé le marché[12]).

#### *Dans quel délai le juge du référé précontractuel statue-t-il ?*

Il dispose d'un délai maximum de vingt jours à compter de sa saisine pour statuer.

#### *Quelle est la voie de recours ouverte contre l'ordonnance rendue par le juge ?*

L'ordonnance rendue par le juge du référé contractuel peut faire l'objet d'un pourvoi en cassation devant le Conseil d'État dans les quinze jours qui suivent sa notification aux parties.

#### *Peut-on exercer à la fois un référé précontractuel et un référé contractuel ?*

**Non.** En principe, le requérant qui a exercé un référé précontractuel n'est pas recevable à agir par la voie du référé contractuel contre le même contrat. Le législateur a voulu ainsi privilégier le recours *a priori*, c'est-à-dire le référé précontractuel.

**Oui, si** le pouvoir adjudicateur n'a pas respecté son obligation de différer la signature du marché dans l'attente de la décision du juge du référé précontractuel (à condition que le candidat évincé ait bien notifié le référé précontractuel au pouvoir adjudicateur ou que cela ait été fait par le greffe du tribunal : CE, 30 septembre 2011, Commune de Maizières-lès-Metz, et CE, 1er mars 2012, Opac du Rhône) ;

**ou si** le pouvoir adjudicateur ne s'est pas conformé à la décision du juge du référé précontractuel (CE, 24 juin 2011, Opievoy) ;

**ou encore,** en procédure formalisée, **si** le pouvoir adjudicateur n'a pas notifié au candidat évincé le rejet de son offre[13]ou **pas** indiqué le délai de standstill (CE, 24 juin 2011, Opievoy), **ou s'il** a signé le marché sans tenir compte du délai de standstill (ces possibilités n'existent pas en MAPA, puisque le délai de standstill n'y est pas obligatoire).

---

11. CE, 10 novembre 2010, ministre de la Défense.
12. Le pouvoir adjudicateur ne peut être considéré comme ayant méconnu son obligation de suspension de la signature du marché dès lors que le recours en référé précontractuel ne lui avait été ni communiqué par le greffe du tribunal administratif, ni notifié par la société requérante. Dès lors le référé contractuel est irrecevable (CE, 5 mars 2014, Eiffage TP).
13. CE, 10 novembre 2010, France Agrimer.

***Quels sont les textes qui régissent le référé précontractuel ?***

Pour les contrats administratifs, le référé précontractuel est prévu par les articles L. 551-1 à L. 551-12 et R. 551-1 à R. 551-5 du Code de justice administrative.

Pour les contrats privés de la commande publique, le référé précontractuel est prévu par les articles 2 à 10 de l'ordonnance du 7 mai 2009 et 2 et 3 du décret du 27 novembre 2009 (créant les articles R. 213-5-1 et L. 1441-1 à L. 1441-3 du Code de procédure civile). (Voir infra p. 537.)

***Les dispositions du Code de justice administrative en matière de référé précontractuel (contrats administratifs)***

**Contrats passés par les pouvoirs adjudicateurs**

Article L. 551-1. *Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, ou la délégation d'un service public.*
*Le juge est saisi avant la conclusion du contrat.*
Article L. 551-2. *Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages.*
*Il peut, en outre, annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations.*
Article L. 551-3. *Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés.*
Article L. 551-4. *Le contrat ne peut être signé à compter de la saisine du tribunal administratif et jusqu'à la notification au pouvoir adjudicateur de la décision juridictionnelle.*

**Contrats passés par les entités adjudicatrices**

Article L. 551-5. *Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les entités adjudicatrices de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, ou la délégation d'un service public.*
*Le juge est saisi avant la conclusion du contrat.*
Article L. 551-6. *Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations en lui fixant un délai à cette fin. Il peut lui enjoindre de suspendre l'exécution de toute décision se rapportant à la passation du contrat. Il peut, en outre, prononcer une astreinte provisoire courant à l'expiration des délais impartis.*
*Le montant de l'astreinte provisoire est liquidé en tenant compte du comportement de celui à qui l'injonction a été adressée et des difficultés qu'il a rencontrées pour l'exécuter.*
*Si, à la liquidation de l'astreinte provisoire, le manquement constaté n'a pas été corrigé, le juge peut prononcer une astreinte définitive. Dans ce cas, il statue en la forme des référés, appel pouvant être fait comme en matière de référé.*
*L'astreinte, qu'elle soit provisoire ou définitive, est indépendante des dommages et intérêts. L'astreinte provisoire ou définitive est supprimée en tout ou partie s'il est établi que l'inexécution ou le retard dans l'exécution de l'injonction du juge provient, en tout ou partie, d'une cause étrangère.*
Article L. 551-7. *Le juge peut toutefois, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, écarter les mesures énoncées au premier alinéa de l'article L. 551-6 lorsque leurs conséquences négatives pourraient l'emporter sur leurs avantages.*
Article L. 551-8. *Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, statue en premier et dernier ressort en la forme des référés.*

Article L. 551-9. *Le contrat ne peut être signé à compter de la saisine du tribunal administratif et jusqu'à la notification à l'entité adjudicatrice de la décision juridictionnelle.*

**Dispositions communes**

Article L. 551-10. *Les personnes habilitées à engager les recours prévus aux articles L. 551-1 et L. 551-5 sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué, ainsi que le représentant de l'État dans le cas où le contrat doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local.*
*Sauf si la demande porte sur des marchés ou contrats passés par l'État, elle peut également être présentée par celui-ci, lorsque la Commission européenne lui a notifié les raisons pour lesquelles elle estime qu'une violation grave des obligations de publicité et de mise en concurrence applicables a été commise.*
Article L. 551-11. *Le juge ne peut statuer avant un délai fixé par voie réglementaire.*
Article L. 551-12. *Les mesures prévues aux articles L. 551-2 et L. 551-6 peuvent être prononcées d'office par le juge. Dans ce cas, il en informe préalablement les parties et les invite à présenter leurs observations dans des conditions prévues par voie réglementaire.*

### *Les dispositions de l'ordonnance en matière de référé précontractuel (contrats de droit privé relevant de la commande publique)*

**Contrats passés par les pouvoirs adjudicateurs**

**Article 2**

*En cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par des pouvoirs adjudicateurs des contrats de droit privé ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, les personnes ayant intérêt à conclure l'un de ces contrats et susceptibles d'être lésées par ce manquement peuvent saisir le juge avant la conclusion du contrat.*
*La demande est portée devant la juridiction judiciaire.*

**Article 3**

*À la demande du requérant, le juge peut prendre les mesures provisoires tendant à ce qu'il soit ordonné à la personne morale responsable du manquement de se conformer à ses obligations et, le cas échéant, à ce que soit suspendue la procédure de passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts en présence et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages.*
*Le requérant peut également demander l'annulation des décisions qui se rapportent à la passation du contrat et la suppression des clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent les obligations mentionnées à l'article 2.*

**Article 4**

*Le contrat ne peut être signé à compter de la saisine du juge et jusqu'à la notification de la décision juridictionnelle.*

**Contrats passés par les entités adjudicatrices**

**Article 5**

*En cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par des entités adjudicatrices des contrats de droit privé ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, les personnes ayant intérêt à conclure l'un de ces contrats et susceptibles d'être lésées par ce manquement peuvent saisir le juge avant la conclusion du contrat.*
*La demande est portée devant la juridiction judiciaire.*

**Article 6**

*À la demande du requérant, le juge peut prendre des mesures tendant à ce que la personne morale responsable du manquement se conforme à ses obligations, dans un délai qu'il fixe, et à ce que soit suspendue l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat. Il peut, en outre, prononcer une astreinte provisoire courant à compter de l'expiration des délais impartis.*
*Le montant de l'astreinte provisoire est liquidé en tenant compte du comportement de celui à qui l'injonction a été adressée et des difficultés qu'il a rencontrées pour l'exécuter.*
*Si, à la liquidation de l'astreinte provisoire, le manquement constaté n'a pas été corrigé, le juge peut prononcer une astreinte définitive.*
*L'astreinte, qu'elle soit provisoire ou définitive, est indépendante des dommages et intérêts. L'astreinte provisoire ou définitive est supprimée en tout ou partie s'il est établi que l'inexécution ou le retard dans l'exécution de l'injonction du juge provient, en tout ou partie, d'une cause étrangère.*

**Article 7**

*Le juge peut toutefois, en considération de tous les intérêts susceptibles d'être atteints et notamment de l'intérêt public, écarter les mesures prévues au premier alinéa de l'article 5 lorsque leurs conséquences négatives pourraient l'emporter sur leurs avantages.*

**Article 8**

*Le contrat ne peut être signé à compter de la saisine du juge et jusqu'à la notification de la décision juridictionnelle.*

**Article 9**

*La demande mentionnée aux articles 2 et 5 peut également être présentée par le ministère public, lorsque la Commission européenne a notifié à l'État les raisons pour lesquelles elle estime qu'une violation grave des obligations applicables a été commise.*

**Article 10**

*Le juge ne peut statuer avant un délai fixé par voie réglementaire.*

### *Dispositions réglementaires (issues du décret du 27 novembre 2009)*

**Contrats passés par les pouvoirs adjudicateurs**

Article R. 551-1. *Le représentant de l'État ou l'auteur du recours est tenu de notifier son recours au pouvoir adjudicateur. Cette notification doit être faite en même temps que le dépôt du recours et selon les mêmes modalités. Elle est réputée accomplie à la date de sa réception par le pouvoir adjudicateur.*

**Contrats passés par les entités adjudicatrices**

Article R. 551-2. *Le représentant de l'État ou l'auteur du recours est tenu de notifier son recours à l'entité adjudicatrice. Cette notification doit être faite en même temps que le dépôt du recours et selon les mêmes modalités. Elle est réputée accomplie à la date de sa réception par l'entité adjudicatrice.*

**Dispositions communes**

Article R. 551-4. *Lorsque le juge envisage de prendre d'office une des mesures prévues aux articles L. 551-2 et L. 551-6, il en informe les parties en indiquant le délai qui leur est donné pour présenter leurs observations ou, le cas échéant, la date de l'audience où elles pourront les produire. Dans ce dernier cas l'article R. 522-8 est applicable.*

Article R. 551-3. *Dans le cas prévu au deuxième alinéa de l'article L. 551-10, l'État est représenté par le préfet lorsqu'il s'agit d'un contrat passé par une collectivité territoriale, par un établissement public local ou par une personne morale de droit privé pour le compte de l'une de ces personnes publiques. Lorsqu'il s'agit d'autres contrats, il est représenté par le ministre compétent.*

Article R. 551-5. *Le président du tribunal administratif ou le magistrat qu'il délègue statue dans un délai de vingt jours sur les demandes qui lui sont présentées en vertu des articles L. 551-1 et L. 551-5. Le juge ne peut statuer avant le seizième jour à compter de la date d'envoi de la décision d'attribution du contrat aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre. Ce délai est ramené au onzième jour lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice justifie que la décision d'attribution du contrat a été communiquée par voie électronique à l'ensemble des opérateurs économiques intéressés. Dans le cas des demandes présentées avant la conclusion de contrats mentionnés au premier alinéa de l'article L. 551-15, le juge ne peut statuer avant le onzième jour à compter de la publication de l'intention de conclure le contrat.*

Article R. 551-6. *Les décisions définitives prises en application des articles L. 551-2 et L. 551-6 par le président du tribunal administratif ou le magistrat qu'il délègue sont susceptibles de recours en cassation devant le Conseil d'État, dans la quinzaine de leur notification. Les mesures provisoires ordonnées en application des mêmes articles ne peuvent être contestées qu'à l'occasion du pourvoi en cassation dirigé contre ces décisions.*

### 2.1.3. Litiges portant sur la passation du marché : le référé contractuel

**Après la signature du contrat** avec un concurrent, les entreprises, dont l'offre a été rejetée et qui estiment avoir été lésées en raison d'un manquement très grave aux obligations de publicité et de mise en concurrence, peuvent faire un référé contractuel, dans des conditions limitées.

#### *Quel est l'objet du référé contractuel ?*

Le référé contractuel est un recours déposé devant le président du tribunal administratif (ou devant le tribunal de grande instance pour les marchés privés de la commande publique), statuant en la forme de référés. Il a pour objet de sanctionner les manquements les plus graves commis par un pouvoir adjudicateur à l'une de ses obligations de publicité ou de mise en concurrence lors de la procédure de passation du contrat.

#### *Quels sont les contrats concernés ?*

Ce sont les mêmes que ceux pouvant faire l'objet d'un référé précontractuel. Concrètement sont concernés, en plus des marchés publics et des marchés soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005, les contrats de partenariat, les BEA, les AOT, ou encore les concessions d'aménagement, les concessions de travaux ou les délégations de service public.

#### *À quel moment exercer un référé contractuel ?*

Contrairement au référé précontractuel qui est recevable avant la signature d'un contrat administratif, un référé contractuel n'est recevable qu'une fois que le contrat a été conclu.

Le requérant dispose d'un délai limité pour saisir le juge. Pour être recevable, le référé contractuel doit être formé avant le trente et unième jour suivant la publication d'un avis d'attribution du contrat au *Journal officiel de l'Union européenne* (JOUE) ou, en l'absence de publication d'un tel avis, avant l'expiration d'un délai de six mois à compter du lendemain du jour de la signature du contrat.

***Qui est recevable à faire un référé contractuel ?***

Les personnes recevables à agir par la voie du référé contractuel sont les mêmes que celles pouvant agir au moyen d'un référé précontractuel : il faut avoir un intérêt à conclure le contrat et être susceptible d'être lésé par un manquement (grave) du pouvoir adjudicateur à l'une de ses obligations de publicité ou de mise en concurrence. Elles ne doivent pas avoir exercé, pour la même affaire, un référé précontractuel (sauf exceptions énumérées dans l'encadré ci-dessus).

En pratique, ce sont les concurrents évincés de la procédure de passation du contrat et le préfet.

***Quels sont les moyens pouvant être invoqués en référé contractuel ?***

Les moyens invocables sont moins nombreux que pour le référé précontractuel : le référé contractuel est destiné à sanctionner les irrégularités les plus graves.

Ce sera le cas lorsque le pouvoir adjudicateur ne fait aucune publicité ou qu'une publication au *JOUE* a été omise alors qu'elle était prescrite.

Ce sera également le cas si le pouvoir adjudicateur signe le contrat sans attendre la décision du juge du référé précontractuel (alors que le référé précontractuel lui a bien été notifié) ou sans s'y conformer.

Ce sera enfin le cas, dans un marché formalisé[14], lorsque le pouvoir adjudicateur signe le contrat sans respecter le délai de standstill.

***Quels sont les pouvoirs du juge du référé contractuel ?***

**Le juge peut suspendre** l'exécution du contrat pour la durée de l'instance, sauf s'il estime que les conséquences négatives de cette mesure pourraient l'emporter sur ses avantages.

**Le juge peut prononcer la nullité, résilier ou réduire la durée du contrat.**

**Le juge peut imposer une pénalité financière** (par exemple, en cas de non-respect du délai de standstill) dont le montant doit être proportionné au manquement sans excéder 20 % du montant hors taxes du contrat.

**Mais le juge ne peut pas accorder d'indemnité** à l'entreprise évincée. Si l'entreprise veut se faire dédommager de la perte d'une chance sérieuse ou très sérieuse d'avoir le contrat, elle doit faire un recours dit « Tarn-et-Garonne » ou « Tropic Travaux 2 ».

***Dans quels cas le juge du référé contractuel doit-il annuler le contrat ?***

Lorsque le pouvoir adjudicateur n'a pris aucune mesure de publicité requise pour la passation dudit contrat ou lorsqu'il a omis une publication au *JOUE* dans le cas où une telle publication est prescrite.

Lorsque le pouvoir adjudicateur n'a pas respecté le délai de standstill dans les procédures formalisées, ou lorsque le pouvoir adjudicateur a signé le contrat alors que le juge du référé précontractuel a été saisi d'une requête et n'a pas encore statué, lorsque deux conditions supplémentaires sont remplies :

- le requérant a été privé du droit d'exercer son référé précontractuel ;

14. Le délai de standstill n'est obligatoire que dans les procédures formalisées, pas en MAPA (CE, 19 janvier 2011, Grand Port maritime du Havre ; et CE, 11 décembre 2013, Grand Port maritime de la Martinique).

- et le pouvoir adjudicateur a commis un manquement à l'une de ses obligations de publicité ou de mise en concurrence qui a affecté les chances de l'auteur du recours d'obtenir le contrat (article L. 551-18 du Code de justice administrative).

> *Rappel*
>
> Le délai de standstill est le délai de seize jours, réduit à onze jours en cas de notification par voie électronique, à respecter dans un marché formalisé entre la notification du rejet des offres des candidats et la signature du marché.

***Dans quel cas le juge du référé contractuel peut-il déroger à l'obligation d'annuler le contrat ?***

Quand une raison impérieuse d'intérêt général le justifie. Le juge peut alors résilier le contrat, réduire sa durée ou infliger une pénalité financière au pouvoir adjudicateur (articles L. 551-19 et L. 551-20 du Code de justice administrative).

***Quelle est la voie de recours ouverte contre l'ordonnance rendue par le juge ?***

L'ordonnance rendue par le juge du référé contractuel peut faire l'objet d'un pourvoi en cassation devant le Conseil d'État dans les quinze jours qui suivent sa notification aux parties (ou devant la Cour de cassation pour les marchés privés de la commande publique).

***Quels sont les textes qui régissent le référé contractuel ?***

Pour les contrats administratifs, le référé contractuel est prévu par les articles L. 551-13 à L. 551-23 et R. 551-7 à R. 551-10 du Code de justice administrative pour les contrats administratifs.

Pour les contrats privés de la commande publique, le référé contractuel est prévu par les articles 11 à 21 de l'ordonnance du 7 mai 2009 et 2 et 3 du décret du 27 novembre 2009 (créant les articles R. 213-5-1 et L. 1441-1 à L. 1441-3 du Code de procédure civile) pour les contrats de droit privé relevant de la commande publique.

***Les dispositions du Code de justice administrative en matière de référé contractuel (contrats administratifs)***

**Sous-section 1 : Nature et présentation du recours**

Article L. 551-13. *Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi, une fois conclu l'un des contrats mentionnés aux articles L. 551-1 et L. 551-5, d'un recours régi par la présente section.*

Article L. 551-14. *Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sont soumis ces contrats, ainsi que le représentant de l'État dans le cas des contrats passés par une collectivité territoriale ou un établissement public local.*

*Toutefois, le recours régi par la présente section n'est pas ouvert au demandeur ayant fait usage du recours prévu à l'article L. 551-1 ou à l'article L. 551-5 dès lors que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a respecté la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 et s'est conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours.*

Article L. 551-15. *Le recours régi par la présente section ne peut être exercé ni à l'égard des contrats dont la passation n'est pas soumise à une obligation de publicité préalable lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a, avant la conclusion du contrat, rendu publique son intention de le conclure et observé un délai de onze jours après cette publication, ni à l'égard des contrats soumis à publicité préalable auxquels ne s'applique pas l'obligation de communiquer la décision d'attribution aux candidats non retenus lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a accompli la même formalité.*

*La même exclusion s'applique aux contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a envoyé aux titulaires la décision d'attribution du contrat et observé un délai de seize jours entre cet envoi et la conclusion du contrat, délai réduit à onze jours si la décision a été communiquée à tous les titulaires par voie électronique.*
Article L. 551-16. *À l'exception des demandes reconventionnelles en dommages et intérêts fondées exclusivement sur la demande initiale, aucune demande tendant à l'octroi de dommages et intérêts ne peut être présentée à l'occasion du recours régi par la présente section.*

**Sous-section 2 : Pouvoirs du juge**

Article L. 551-17. *Le président du tribunal administratif ou son délégué peut suspendre l'exécution du contrat, pour la durée de l'instance, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de cette mesure pourraient l'emporter sur ses avantages.*
Article L. 551-18. *Le juge prononce la nullité du contrat lorsqu'aucune des mesures de publicité requises pour sa passation n'a été prise, ou lorsque a été omise une publication au* Journal officiel de l'Union européenne *dans le cas où une telle publication est prescrite. La même annulation est prononcée lorsqu'ont été méconnues les modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique.*
*Le juge prononce également la nullité du contrat lorsque celui-ci a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 si, en outre, deux conditions sont remplies : la méconnaissance de ces obligations a privé le demandeur de son droit d'exercer le recours prévu par les articles L. 551-1 et L. 551-5, et les obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sa passation est soumise ont été méconnues d'une manière affectant les chances de l'auteur du recours d'obtenir le contrat.*
Article L. 551-19. *Toutefois, dans les cas prévus à l'article L. 551-18, le juge peut sanctionner le manquement soit par la résiliation du contrat, soit par la réduction de sa durée, soit par une pénalité financière imposée au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice, si le prononcé de la nullité du contrat se heurte à une raison impérieuse d'intérêt général.*
*Cette raison ne peut être constituée par la prise en compte d'un intérêt économique que si la nullité du contrat entraîne des conséquences disproportionnées et que l'intérêt économique atteint n'est pas directement lié au contrat, ou si le contrat porte sur une délégation de service public.*
Article L. 551-20. *Dans le cas où le contrat a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9, le juge peut prononcer la nullité du contrat, le résilier, en réduire la durée ou imposer une pénalité financière.*
Article L. 551-21. *Les mesures mentionnées aux articles L. 551-17 à L. 551-20 peuvent être prononcées d'office par le juge. Il en informe préalablement les parties et les invite à présenter leurs observations dans des conditions fixées par voie réglementaire.*
*Le juge procède de même lorsqu'il envisage d'imposer une pénalité financière.*
Article L. 551-22. *Le montant des pénalités financières prévues aux articles L. 551-19 et L. 551-20 tient compte de manière proportionnée de leur objet dissuasif, sans pouvoir excéder 20 % du montant hors taxes du contrat.*
*Le montant de ces pénalités est versé au Trésor public.*
Article L. 551-23. *Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés.*

### *Les dispositions de l'ordonnance en matière de référé contractuel (contrats de droit privé relevant de la commande publique)*

**Sous-section 1 : Nature et présentation du recours**

**Article 11**

*Les personnes qui ont un intérêt à conclure l'un des contrats de droit privé mentionnés aux articles 2 et 5 de la présente ordonnance et qui sont susceptibles d'être lésées par des manquements aux obligations*

*de publicité et de mise en concurrence auxquelles ils sont soumis peuvent saisir le juge d'un recours en contestation de la validité du contrat.*
*La demande est portée devant la juridiction judiciaire.*

**Article 12**

*Le recours régi par la présente section n'est pas ouvert au demandeur ayant fait usage du recours prévu à l'article 2 ou à l'article 5 dès lors que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a respecté la suspension prévue à l'article 4 ou à l'article 8 et s'est conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours.*

**Article 13**

*Le recours régi par le présent article ne peut être exercé ni à l'égard des contrats dont la passation n'est pas soumise à une obligation de publicité préalable lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a, avant la conclusion du contrat, rendu publique son intention de le conclure et observé un délai de onze jours après cette publication, ni à l'égard des contrats soumis à publicité préalable auxquels ne s'applique pas l'obligation de communiquer la décision d'attribution aux candidats non retenus lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a accompli la même formalité.*
*La même exclusion s'applique aux contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a envoyé aux titulaires la décision d'attribution du contrat et observé un délai de seize jours entre cet envoi et la conclusion du contrat, délai réduit à onze jours si la décision a été communiquée à tous les titulaires par voie électronique.*

**Article 14**

*À l'exception des demandes reconventionnelles en dommages et intérêts fondées exclusivement sur la demande initiale, aucune demande tendant à l'octroi de dommages et intérêts ne peut être présentée à l'occasion du recours régi par la présente section.*

**Sous section 2 : Pouvoirs du juge**

**Article 15**

*À la demande du requérant, le juge peut suspendre l'exécution du contrat pour la durée de l'instance, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de cette mesure pourraient l'emporter sur ses avantages.*

**Article 16**

*Est nul tout contrat conclu lorsqu'aucune des mesures de publicité requises pour sa passation n'a été prise, ou lorsque a été omise une publication au* Journal officiel de l'Union européenne *dans le cas où une telle publication est prescrite.*
*Est également nul tout contrat conclu en méconnaissance des modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique.*
*Le juge prononce de même la nullité du contrat lorsque celui-ci a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension prévue à l'article 4 ou à l'article 8 ci-dessus si, en outre, deux conditions sont réunies : la méconnaissance de ces obligations a privé le demandeur du droit d'exercer le recours prévu par les articles 2 et 5, et les obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sa passation est soumise ont été méconnues d'une manière affectant les chances de l'auteur du recours d'obtenir le contrat.*

**Article 17**

*Toutefois, dans les cas prévus à l'article 16, le juge peut sanctionner le manquement soit par la résiliation du contrat, soit par la réduction de sa durée, soit par une pénalité financière imposée au pouvoir adjudi-*

*cateur ou à l'entité adjudicatrice, si le prononcé de la nullité du contrat se heurte à une raison impérieuse d'intérêt général.*
*Cette raison ne peut être constituée par la prise en compte d'un intérêt économique que si la nullité du contrat entraîne des conséquences disproportionnées et que l'intérêt économique atteint n'est pas directement lié au contrat.*

**Article 18**

*Dans le cas où le contrat a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension prévue à l'article 4 ou à l'article 8 de la présente ordonnance, le juge peut prononcer la nullité du contrat, le résilier, en réduire la durée ou imposer une pénalité financière.*

**Article 19**

*Les mesures mentionnées aux articles 15 à 18 peuvent être prononcées d'office par le juge. Il en informe préalablement les parties et les invite à présenter leurs observations dans des conditions fixées par voie réglementaire.*
*Le juge procède de même lorsqu'il envisage d'imposer une pénalité financière.*

**Article 20**

*Le montant des pénalités financières prévues aux articles 17 et 18 tient compte de manière proportionnée de leur objet dissuasif, sans pouvoir excéder 20 % du montant hors taxes du contrat.*
*Le montant des pénalités financières est versé au Trésor public.*

**Article 21**

*Après l'article L. 211-12 du Code de l'organisation judiciaire, il est inséré un article L. 211-13 ainsi rédigé :*
*Article L. 211-13. Des tribunaux de grande instance spécialement désignés connaissent des contestations relatives aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des contrats de droit privé relevant de la commande publique dans les cas et conditions prévus par les articles 2 à 20 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique.*

### ***Dispositions réglementaires applicables au référé contractuel*** (contrats administratifs)

**Nature et présentation du recours**

Article R. 551-7. *La juridiction peut être saisie au plus tard le trente et unième jour suivant la publication d'un avis d'attribution du contrat ou, pour les marchés fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique, suivant la notification de la conclusion du contrat.*
*En l'absence de la publication d'avis ou de la notification mentionnées à l'alinéa qui précède, la juridiction peut être saisie jusqu'à l'expiration d'un délai de six mois à compter du lendemain du jour de la conclusion du contrat.*
Article R. 551-8. *Lorsque le juge envisage de prendre d'office une des mesures prévues aux articles L. 551-17 à L. 551-20, ou d'infliger une sanction financière dans les conditions prévues aux articles L. 551-19 à L. 551-22, il en informe les parties en indiquant le délai qui leur est donné pour présenter leurs observations ou, le cas échéant, la date de l'audience où elles pourront les produire. Dans ce dernier cas, l'article R. 522-8 est applicable.*
Article R. 551-9. *Le président du tribunal administratif ou le magistrat qu'il délègue statue dans un délai d'un mois sur les demandes qui lui sont présentées en vertu de l'article L. 551-13.*
Article R. 551-10. *Les décisions définitives prises en application des articles L. 551-17 à L. 551-20 par le président du tribunal administratif ou le magistrat qu'il délègue sont susceptibles de recours en cassation devant le Conseil d'État, dans la quinzaine de leur notification.*
*Les mesures provisoires ordonnées en application des mêmes articles ne peuvent être contestées qu'à l'occasion du pourvoi en cassation dirigé contre ces décisions.*

***Dispositions réglementaires applicables au référé précontractuel et au référé contractuel*** (contrats de droit privé relevant de la commande publique)

**Article 2**

*Article R. 213-5-1 du Code de procédure civile. Le président du tribunal de grande instance compétent en application de l'article L. 211-14 connaît des contestations relatives aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des contrats de droit privé relevant de la commande publique dans les cas et conditions prévus par les articles 2 à 20 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique.*

**Article 3**

*Article 1441-1 du Code de procédure civile. Les demandes présentées en vertu des articles 2 à 20 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique sont formées, instruites et jugées comme en matière de référés.*
*Le juge qui envisage de prendre d'office une des mesures prévues aux articles 3, 6 et 15 à 18 de cette ordonnance doit, au préalable, inviter les parties à présenter leurs observations.*
*Les décisions prises en application des articles 2 à 20 de cette ordonnance sont rendues en dernier ressort. Elles sont susceptibles de pourvoi en cassation dans les quinze jours de leur notification.*
*Toutefois, la décision qui liquide une astreinte est susceptible d'un appel dans les quinze jours de sa notification. L'appel est formé, instruit et jugé selon les règles applicables à la procédure ordinaire avec représentation obligatoire.*
*Article 1441-2 du Code de procédure civile. I. Le juge statue dans un délai de vingt jours sur les demandes qui lui sont présentées en vertu des articles 2 et 5 de l'ordonnance mentionnée ci-dessus.*
*II. Le juge ne peut statuer sur ces demandes avant le seizième jour suivant la date d'envoi de la décision d'attribution du contrat aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre. Ce délai est ramené au onzième jour lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice justifie que la décision d'attribution du contrat a été notifiée par voie électronique à l'ensemble des opérateurs économiques intéressés.*
*Dans le cas des demandes présentées avant la conclusion de contrats mentionnés au premier alinéa de l'article 13 de la même ordonnance, le juge ne peut statuer avant le onzième jour à compter de la publication de l'intention de conclure le contrat.*
*III. Le procureur de la République agit d'office dans le cas prévu par l'article 9 de l'ordonnance précitée.*
*Article 1441-3 du Code de procédure civile. I. La juridiction peut être saisie du recours prévu à l'article 11 de l'ordonnance précitée au plus tard le trente et unième jour suivant la publication d'un avis d'attribution du contrat ou, dans le cas de contrat fondé sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique, suivant la notification aux titulaires de la conclusion du contrat.*
*En l'absence de la publication d'avis ou de la notification mentionnées à l'alinéa qui précède, la juridiction peut être saisie jusqu'à l'expiration d'un délai de six mois à compter du lendemain du jour de la conclusion du contrat.*
*II. Le juge statue dans un délai d'un mois sur les demandes qui lui sont présentées en vertu de l'article 11 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique.*

### 2.1.4. Litiges portant sur la passation du marché. Contrats privés de la commande publique : tribunaux compétents pour non-respect des obligations de publicité

L'article D. 211-10-2 du Code de l'organisation judiciaire (issu du décret n° 2009-1455 du 27 novembre 2009 relatif à la spécialisation des juridictions en matière de contestations concernant les obligations de publicité et de mise en concurrence des contrats de droit privé relevant de la commande publique) clarifie la situation relative aux tribunaux compétents pour les contestations relatives aux contrats de droit privé relevant de la commande publique.

En d'autres termes, il donne la liste des tribunaux compétents en matière de référé précontractuel et de référé contractuel pour les contrats privés de la commande publique.

Cet article dispose que :

> *« Le siège et le ressort des tribunaux de grande instance compétents pour connaître des contestations relatives aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des contrats de droit privé relevant de la commande publique dans les cas et conditions prévus par les articles 2 à 18 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique sont fixés conformément au tableau VIII-II annexé au présent Code :*
> ***Bordeaux** : Ressort des cours d'appel d'Agen, Bordeaux, Limoges, Pau et Toulouse.*
> ***Lille** : Ressort des cours d'appel d'Amiens, Douai, Reims et Rouen.*
> ***Lyon** : Ressort des cours d'appel de Chambéry, Grenoble, Lyon et Riom.*
> ***Marseille** : Ressort des cours d'appel d'Aix-en-Provence, Bastia, Montpellier et Nîmes.*
> ***Nanterre** : Ressort de la cour d'appel de Versailles.*
> ***Nancy** : Ressort des cours d'appel de Besançon, Colmar, Dijon, Metz et Nancy.*
> ***Paris** : Ressort des cours d'appel de Bourges, Paris et Orléans.*
> ***Rennes** : Ressort des cours d'appel d'Angers, Caen, Poitiers et Rennes.*
> ***Fort-de France** : Ressort des cours d'appel de Basse-Terre et Fort-de-France.*
> ***Saint-Denis** : Ressort de la cour d'appel de Saint-Denis.*
> ***Saint-Pierre-et-Miquelon** : Ressort du tribunal supérieur d'appel de Saint-Pierre.*
> ***Mamoudzou** : Ressort du tribunal supérieur de Mamoudzou. »*
> *Ces dispositions sont entrées en vigueur le 1er décembre 2009.*

### 2.1.5. Litiges portant sur la passation du marché : le recours « Tarn-et-Garonne » ou « Tropic II »[15]

**Après la signature du contrat,** le candidat évincé, mais aussi d'autres tiers au contrat peuvent présenter un recours de plein contentieux, dit « Tarn-et-Garonne » ou « Tropic Travaux 2 », afin de contester la validité du contrat.

#### *Pourquoi ce recours s'appelle-t-il ainsi ?*

Ce recours en contestation de la validité du contrat est une création jurisprudentielle.

Il a été créé par un arrêt « Tropic Travaux Signalisation Guadeloupe » du 16 juillet 2007, par lequel le Conseil d'État a admis pour la première fois le recours d'un concurrent évincé contre le contrat signé avec une autre entreprise.

Ce recours a été sérieusement toiletté, sur la forme et sur le fond, et étendu à tous les tiers au contrat par un arrêt « Département du Tarn-et-Garonne » du 4 avril 2014, appelé également par la doctrine « Tropic Travaux 2 ».

#### *Quel est l'objet de ce recours ?*

Il permet de contester directement devant le juge administratif (au fond), la validité du contrat, après sa signature, à condition de démontrer être directement lésé. C'est un recours de plein contentieux. Dans le cadre de ce recours, le juge peut accorder une indemnité réparatrice du préjudice subi par l'entreprise évincée à tort, à condition qu'elle démontre la perte d'une chance d'avoir le contrat.

#### *Quels sont les tiers qui ont accès à ce recours ?*

Tous les tiers au contrat peuvent exercer ce recours, mais ils ne peuvent plus attaquer les actes détachables du contrat.

---

15. Les marchés privés de la commande publique (SA d'HLM, SEM…) ne peuvent pas faire l'objet d'un tel recours.

Cela comprend les candidats évincés, le préfet, mais aussi les élus locaux, les associations (par exemple, de protection de l'environnement, ou peut-être un syndicat professionnel), les particuliers (par exemple, un voisin de l'aménagement objet du contrat, un usager du service public, voire un contribuable local).

#### *Quels sont les moyens qui peuvent être invoqués devant le juge ?*

Le tiers lésé devra démontrer avoir un intérêt « *lésé de façon suffisamment directe et certaine* » par le contrat ou subir une irrégularité « *en rapport direct avec l'intérêt lésé* » (sauf pour le préfet et les élus locaux qui peuvent se prévaloir de tout moyen) ou des « *vices d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office* ».

#### *Quels sont les délais pour agir ?*

Le recours « Département du Tarn-et-Garonne » ne peut être exercé que dans le délai de deux mois à compter de la date à laquelle la conclusion du contrat est rendue publique par des mesures de publicité appropriées (affichage, avis de signature, ou avis d'attribution selon l'importance ou le type de contrat).

La collectivité ne doit pas publier *in extenso* tous ses contrats, mais au moins faire une publicité suffisante mentionnant l'existence du contrat et le lieu où il peut être consulté. Sans cette publicité sur l'attribution du contrat, le délai de deux mois ne court pas et le contrat peut toujours être annulé.

#### *Quels sont les pouvoirs du juge ?*

**Un recours de pleine juridiction**. Le recours « Département du Tarn-et-Garonne » est un recours de pleine juridiction dirigé contre le contrat et non pas un recours pour excès de pouvoir. C'est un recours au fond et non pas en référé.

**Le juge dispose de toute une gamme de mesures**. Il peut décider de la poursuite du contrat, de sa régularisation (en cas, par exemple, d'attribution d'un marché par une commission d'appel d'offres irrégulièrement composée ou d'une décision entachée d'incompétence), ou (si les vices ne sont pas régularisables) de la résiliation du contrat (sauf si l'intérêt général s'y oppose), ou encore sa disparition rétroactive en présence d'un vice très grave (si le contrat se trouve affecté d'un vice du consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité que le juge doit relever d'office).

**Le juge peut octroyer une indemnité au candidat** couvrant le préjudice subi du fait de la conclusion du contrat dont il a été évincé à tort.

#### *La demande d'une indemnité est-elle enfermée dans un délai ?*

Contrairement aux conclusions tendant à demander la résiliation ou l'annulation du marché signé, la présentation de conclusions indemnitaires par le concurrent évincé n'est pas enfermée dans un délai de deux mois suivant l'accomplissement des mesures de publicité du contrat. Toutefois, la demande d'indemnisation est nécessairement accessoire ou complémentaire à la demande principale, qui doit tendre à la résiliation ou l'annulation du contrat[16].

16. CE, Avis, 11 mai 2011, Sté Rebillon Schmit Prévot ; et CE, 4 juillet 2012, Ministre de la Défense et des Anciens Combattants.

***Comment calculer l'indemnisation du candidat irrégulièrement évincé ?***

Si l'entreprise injustement évincée peut démontrer qu'elle avait des chances de remporter le marché, elle a droit, en principe, au remboursement des frais engagés, et si ses chances étaient sérieuses, l'indemnisation portera sur l'intégralité du manque à gagner qu'elle a subi. Le manque à gagner est indemnisé même si le chiffre d'affaires de la société indûment rejetée a progressé pendant la période postérieure à son éviction et même si la perte du marché n'a pas porté atteinte à sa réputation commerciale au cours des années suivantes[17]. (Voir également infra 2.1.5)

***Le référé-suspension (du contrat) peut-il être introduit parallèlement ?***

Le recours « Département du Tarn-et-Garonne » peut être assorti d'une demande, en référé, à titre conservatoire, de suspension de l'exécution du contrat. Mais il faut une atteinte suffisamment grave et imminente aux intérêts du requérant de nature à créer un doute sérieux et une urgence avérée. Dans le cadre de « Tropic Travaux », les juges étaient toutefois réticents à admettre l'urgence pour les candidats évincés. Ils risquent de faire de même dans le cadre du recours « Département Tarn-et-Garonne ».

**Quid *des actes détachables ?***

Dans ce recours, c'est le contrat lui-même qui est attaqué et non plus seulement l'un de ses actes détachables (la légalité du choix du cocontractant, la délibération autorisant la conclusion du contrat, ou la décision de le signer).

Seul le préfet, dans le cadre de son contrôle de légalité, pourra attaquer les actes détachables devant le juge du recours pour excès de pouvoir, jusqu'à la conclusion du contrat.

Toutefois, l'illégalité d'actes détachables du contrat pourra être soulevée pour contester la validité du contrat lui-même dans le cadre du nouveau recours.

### 2.1.6. Litiges portant sur la passation du marché : l'indemnisation du candidat évincé

**Lorsque l'entreprise évincée n'a jamais été en position d'obtenir le marché** ou si l'éviction est la conséquence d'une irrégularité formelle dans l'attribution du marché, mais que son offre était de toute façon irrecevable (insuffisance des garanties professionnelles ou financières, offre de prix anormalement basse…), **le candidat non retenu n'a aucun droit à indemnité** (CE, 19 avril 1985, Commune de Vitrolles ; et CE, 11 septembre 2006, Commune de Saran).

**Lorsque l'entreprise évincée avait une simple chance d'obtenir le marché** (par exemple, être sélectionnée avec d'autres candidats pour poursuivre l'appel d'offres parmi un certain nombre d'autres en compétition), le candidat non retenu a droit à une indemnité correspondant aux frais qu'il a inutilement exposés pour participer à l'appel d'offres (CAA Lyon, 18 mai 1989, Société Royat Automobiles ; CE, 29 décembre 2006, Société Bertelé).

**Lorsque l'entreprise avait une chance sérieuse d'emporter le marché** (candidat moins-disant et présentant toutes garanties, candidat à égalité de qualités par rapport à l'entreprise retenue, candidat retenu, puis évincé, seul candidat sérieux et/ou capable), le candidat non retenu a droit au remboursement du manque à gagner calculé en fonction du bénéfice net que

17. CE, 27 janvier 2006, Commune d'Amiens.

lui aurait procuré le marché si elle l'avait obtenu (CE, 10 janvier 1986, Société des travaux du Midi ; CE, 13 octobre 1983, Commune de Les Mées ; CE, 18 novembre 1988, Ministère de l'Intérieur c/ SARL Les Voyages brounais ; CE, 1re et 4e sect. réunies, 23 mars 1994, Syndicat intercommunal à vocation unique pour l'étude et la réalisation du golf de Cognac ; CE, 18 juin 2003, Groupement d'entreprises solidaires ETPO Guadeloupe c/ commune du Lamentin ; CE, 8 février 2010, Commune de La Rochelle).

**Un candidat ne présentant pas des garanties techniques suffisantes ne peut prétendre à une indemnisation pour perte de chance sérieuse** de remporter le marché (CAA Nancy, 3 février 2015, Société Enfinity France).

**Modalités d'indemnisation du candidat irrégulièrement évincé lors de l'attribution d'un marché**. Le manque à gagner est indemnisé même si le chiffre d'affaires de la société indûment rejetée a progressé pendant la période postérieure à son éviction, et même si la perte du marché n'a pas porté atteinte à sa réputation commerciale au cours des années suivantes (CE, 27 janvier 2006, Commune d'Amiens).

Le manque à gagner de l'entreprise « *doit être déterminé non en fonction du taux de marge brute* [soit le chiffre d'affaires moins le coût des matières premières] *constaté dans son activité mais* ***en fonction du bénéfice net*** [soit la marge brute moins l'ensemble des charges afférentes à l'activité] *que lui aurait procuré le marché si elle l'avait obtenu* » (CE, 8 février 2010, Commune de La Rochelle ; CAA Marseille, 21 juillet 2014, Société AGL Services).

Le Conseil d'État a également précisé, à l'occasion d'une affaire opposant un OPH à une société irrégulièrement évincée d'une procédure de passation, que « ***l'indemnité*** *due* [au titre du manque à gagner], *qui ne constitue pas la contrepartie de la perte d'un élément d'actif mais est destinée à compenser une perte de recettes commerciales, doit être regardée comme un profit de l'exercice au cours duquel elle a été allouée et* ***soumise****, à ce titre,* à l'***impôt sur les sociétés*** » (CE, 19 janvier 2015, OPH de Thionville).

## 2.2. Litiges portant sur l'exécution du marché

Il s'agira de litiges portant sur l'application des clauses contractuelles : résiliation du marché, pénalités de retard pour non-respect du délai contractuel, rejet des prestations pour mauvaise exécution, ou litiges portant sur le paiement des prestations.

**Nous avons vu au chapitre** « L'exécution du marché » que chaque fois qu'il se présentait un événement, en cours de marché, pouvant avoir des répercussions sur le montant final des travaux ou sur les délais d'exécution, il y avait lieu de **faire des réserves et de se ménager des preuves afin de traiter ces incidents à la fin du marché**, au moment du solde.

**Nous avons par ailleurs examiné au chapitre** « Le paiement des marchés » la façon de **présenter un mémoire en réclamation et étudié les délais conformément à l'article 50 du CCAG Travaux** pour porter le différend devant le juge administratif.

L'entreprise titulaire du marché peut donc demander au tribunal administratif d'analyser le marché et de lui octroyer une réparation financière si sa réclamation a été faite dans la forme et les délais requis par l'article 50 du CCAG Travaux, ou si son marché, en totalité ou en partie exécuté, est annulé par le juge.

L'entreprise et l'Administration peuvent également, préalablement à la saisine du juge administratif, faire un recours amiable devant un comité consultatif de règlement amiable des litiges (CCRA).

### 2.2.1. Le recours amiable devant les comités consultatifs de règlement amiable des litiges (CCRA)

#### *Généralités*

Cette procédure est énoncée dans le Code des marchés publics 2006 à l'article 127 et précisée dans le décret n° 2010-1525 du 8 décembre 2010.

Voir également sur le site du ministère de l'Économie et des Finances la fiche sur les CCRA : www.economie.gouv.fr (Marchés publics/Conseils aux acheteurs/Les CCRA).

**Les pouvoirs adjudicateurs et les titulaires de marchés publics peuvent recourir aux comités** consultatifs de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés dans des conditions fixées par décret du 8 décembre 2010.

Ces comités ont pour mission de **rechercher des éléments de droit ou de fait en vue d'une solution amiable ou équitable**.

La saisine d'un comité consultatif de règlement amiable **interrompt le cours des différentes prescriptions**. La saisine du comité suspend, le cas échéant, les délais de recours contentieux jusqu'à la décision prise par le pouvoir adjudicateur après avis du comité.

La composition, l'organisation et les modalités de fonctionnement des comités consultatifs, notamment des pouvoirs propres de leurs présidents, sont fixées par le décret du 8 décembre 2010.

Il s'agit d'une procédure consultative qui est contradictoire et qui a pour but de débloquer une situation conflictuelle, si possible aux lieu et place d'une procédure contentieuse.

Elle présente l'avantage d'une relative rapidité par rapport à une procédure contentieuse et constitue le moyen de discuter du différend opposant un maître d'ouvrage et un entrepreneur en présence de juristes (conseillers au Conseil d'État ou à la Cour des comptes, présidents de tribunal administratif ou de cour administrative d'appel) et de deux représentants des maîtres d'ouvrage ainsi que de deux représentants des entrepreneurs (gros œuvre ou second œuvre).

Par ailleurs, et ce n'est pas un moindre avantage, l'avis est rendu en tenant compte des éléments de droit mais également de fait : il est rendu en équité.

#### *De quels litiges s'agit-il ?*

Les termes de la réglementation sont très généraux, puisqu'ils visent les « *différends relatifs à l'exécution des marchés passés en application du Code des marchés publics* ». Cette procédure concerne essentiellement le contentieux du règlement financier des marchés (acomptes ou solde), mais peut également s'appliquer en cas d'avenants non payés, de travaux supplémentaires ou de pénalités de retard…

En revanche, tous les litiges relatifs à la passation des marchés et tout le contentieux des garanties post-contractuelles ne sont pas de la compétence du CCRA.

#### *De quels marchés s'agit-il ?*

Il s'agit d'abord et principalement :

- des marchés de l'État et de ses établissements publics non industriels et commerciaux ;
- des marchés des collectivités territoriales, de leurs groupements et de leurs établissements publics ;

#### *Saisine du comité*

Chacune des parties peut saisir le comité, le représentant du maître d'ouvrage public (État, collectivité, établissement public) ou le titulaire du marché.

Toutefois, cette saisine ne peut provenir du sous-traitant, car seule l'entreprise principale contracte avec la personne publique. La saisine du comité peut se faire « à tout moment », c'est-à-dire à tous les stades de l'exécution du marché, de la notification au DGD.

Le titulaire du marché peut saisir directement le comité dès lors que la personne responsable du marché a rejeté une de ses demandes.

La procédure est peu formaliste. La saisine est faite par une note détaillée adressée par lettre recommandée avec AR ou déposée au secrétariat du comité, exposant les motifs du différend et, le cas échéant, la nature et le montant des réclamations formulées.

C'est généralement l'entreprise qui prend l'initiative de la procédure, car c'est elle qui souffre financièrement du conflit.

Le chiffrage est indispensable, car son absence équivaut à une absence de réclamation.

La notice détaillée doit être accompagnée des pièces contractuelles du marché, et de toutes correspondances relatives au litige.

#### *Effets de la saisine*

La saisine entraîne automatiquement :

- la suspension des délais de recours contentieux ;
- la suspension du cours des prescriptions et déchéances jusqu'à décision implicite ou explicite de l'autorité publique après avis du comité. Les délais ne recommencent à courir qu'à compter de la notification au titulaire du marché de la décision expresse du maître d'ouvrage prise après avis du comité.

#### *Composition du comité*

Chaque comité comprend des membres qui ne doivent pas avoir eu à connaître antérieurement de l'affaire qui leur est soumise.

- **Un président et un vice-président**.
  Pour les **marchés publics locaux**, le comité consultatif interrégional comprend un président et un vice-président qui sont des magistrats de l'ordre administratif (tribunal administratif, cour administrative d'appel, membre de la cour régionale des comptes).
  Pour les **marchés de l'État**, le Comité consultatif national comprend un conseiller d'État ou un conseiller maître à la Cour des comptes (président) et un maître des requêtes du Conseil d'État ou un conseiller référendaire de la Cour des comptes (vice-président). C'est un gage de qualité juridique.
- **Deux fonctionnaires.**
  Ils doivent servir ou avoir servi dans le département ministériel intéressé par l'affaire soumise au comité.
- **Deux représentants de la profession.**
  Pour le bâtiment, selon le corps d'état de l'entreprise concernée, seront membres du comité soit un représentant du gros œuvre soit un représentant du second œuvre.

**Et, avec voix consultative**… **un représentant de la Direction générale des Finances** publiques pour le Comité national et **le comptable public assignataire** des paiements relatifs au marché litigieux pour les comités locaux.

#### *Déroulement de la procédure : le rapporteur*

Pour l'instruction du dossier, le comité désigne un rapporteur qui peut poser toutes questions orales ou écrites aux parties, puis dépose son rapport et rend un projet d'avis aux seuls membres du comité.

Toutefois, les représentants de l'Administration et de l'entreprise peuvent interroger le maître d'ouvrage pour l'un, l'entreprise pour l'autre, afin de connaître leur marge de négociation par rapport aux propositions du rapporteur.

À l'issue de l'instruction, l'affaire est fixée à une séance du comité en présence des parties qui peuvent être assistées de toute personne de leur choix. La voix du rapporteur est consultative. En cas de partage des voix, celle du président est prépondérante. La délibération se tient à huis clos. L'avis est rendu le jour même ; il est pris en considération de questions de droit et de fait.

#### *Contenu et suites de l'avis*

L'avis du communiqué porte sur le principal et les intérêts de l'indemnité susceptibles d'être accordés pour le règlement du litige.

Il s'agit en droit d'un simple avis qui ne lie pas les parties, pas plus qu'il ne liera plus tard les tribunaux s'il ne débouche pas sur un accord. Il s'agit toutefois d'un avis d'une nature particulière, puisque son objectif est de proposer une solution amiable susceptible d'être acceptée par les deux parties.

#### *Les suites de l'avis*

Une fois rendu, dans un délai maximum de six mois, l'avis est notifié aux deux parties et transmis pour information au préfet et au directeur des affaires juridiques du ministère de l'Économie.

Si les parties décident de se conformer à l'avis rendu, elles peuvent conclure une transaction ou signer un avenant.

L'acceptation par l'entreprise de la proposition du comité rend définitif le décompte général du marché, arrêté conformément à l'avis, sans qu'un avenant soit nécessaire (CE, 4 novembre 2005, Société Amec Spie).

Si le maître d'ouvrage refuse de suivre l'avis, l'entreprise doit alors, si elle souhaite aller plus loin, saisir le tribunal administratif rapidement (ou dans le délai prévu à l'article 50 du CCAG Travaux 2009 pour un litige portant sur le décompte général).

#### *Les comités*

On distingue :

- le comité consultatif (national) de règlement amiable des litiges (CCNRA), et
- les comités consultatifs (interdépartementaux ou interrégionaux) de règlement amiable des litiges (CCIRA).

*Les ressorts des comités consultatifs interdépartementaux ou interrégionaux de règlement amiable des litiges relatifs aux marchés publics*

- **Paris** : Ville de Paris, Val-de-Marne, Seine-et-Marne, Guadeloupe, Guyane, Martinique, Mayotte, Réunion, Saint-Pierre-et-Miquelon.
- **Versailles** : Yvelines, Hauts-de-Seine, Val-d'Oise, Essonne et Seine-Saint-Denis.
- **Nantes** : Loire-Atlantique, Maine-et-Loire, Mayenne, Sarthe, Vendée, Calvados, Manche, Orne, Loiret, Cher, Eure-et-Loir, Indre-et-Loire, Loir-et-Cher, Ille-et-Vilaine, Côtes-d'Armor, Finistère, Morbihan, Seine-Maritime, Eure.
- **Bordeaux** : Gironde, Dordogne, Lot-et-Garonne, Haute-Vienne, Corrèze, Creuse, Indre, Pyrénées-Atlantiques, Gers, Hautes-Pyrénées, Landes, Vienne, Charente, Charente-Maritime, Deux-Sèvres, Haute-Garonne, Ariège, Aveyron, Lot, Tarn, Tarn-et-Garonne.
- **Lyon** : Rhône, Ain, Ardèche, Loire, Puy-de-Dôme, Allier, Cantal, Haute-Loire, Côte-d'Or, Nièvre, Saône-et-Loire, Yonne, Isère, Drôme, Haute-Savoie, Savoie.
- **Nancy** : Meurthe-et-Moselle, Meuse, Vosges, Somme, Aisne, Oise, Doubs, Haute-Saône, Jura, Territoire de Belfort, Marne, Ardennes, Aube, Haute-Marne, Nord, Pas-de-Calais, Bas-Rhin, Haut-Rhin, Moselle.
- **Marseille** : Bouches-du-Rhône, Alpes-de-Haute-Provence, Hautes-Alpes, Vaucluse, Haute-Corse, Corse-du-Sud, Hérault, Aude, Gard, Lozère, Pyrénées-Orientales, Alpes-Maritimes, Var.

*Les coordonnées des CCRA*

Comité national

Direction des affaires juridiques - Sous-direction de la commande publique - Bureau économie, statistiques et techniques de l'achat public/ 1C

Bâtiment Condorcet - 6, rue Louise-Weiss - Télédoc 353 - 75703 PARIS Cedex 13

Fabienne Jonieaux, secrétaire du CCNRA : 01 44 97 0823

Comité de Paris et Comité de Versailles

Préfecture de la région Île-de-France - Préfecture de Paris

5, rue Leblanc - 75911 Paris Cedex 15 - Tél. : 01 82 52 42 67 ou 01 82 52 40 00

Courriel : ccira@paris-idf.gouv.fr

Comité de Nantes

Direction des Pays-de-la-Loire

Pôle concurrence, consommation, répression des fraudes et métrologie Immeuble Skyline - 22, mail Pablo-Picasso - BP 24209 - 44042 Nantes Cedex 1 Tél. : 02 53 46 78 36

Courriel : cecile.lescouezec@direccte.gouv.fr

Comité de Bordeaux

DRJSCS Aquitaine

Esplanade Rodesse - 103 bis, rue Belleville - BP 952 - 33063 Bordeaux Cedex Tél. : 05 57 01 97 51 ou 05 57 01 97 50

Courriel : pierre.decap@drjscs.gouv.fr - Claudine.teyssandier-rousset@drjscs.gouv.fr

Comité de Lyon

53, boulevard Vivier-Merle - 69003 LYON - Tél. : 04 72 77 05 20

Courriel : laura.leininger@dgfip.finances.gouv.fr - joel.audry@dgfip.finances.gouv.fr

Comité de Nancy

Préfecture de Meurthe-et-Moselle

1, rue du Préfet Claude Érignac -54038 NANCY Cedex Tél. : 03 83 34 25 65

Courriel : therese.herry@meurthe-et-moselle.gouv.fr

Comité de Marseille

Préfecture de la région Provence-Alpes-Côte-d'Azur

Secrétariat général pour les affaires régionales - Place Félix-Baret - CS 80001 - 13282 MARSEILLE Cedex 06 Tél. : 04 84 35 45 54

Courriel : catherine.pietri@paca.pref.gouv.fr

### 2.2.2. Le référé-provision

L'article R. 541-1 du Code de justice administrative indique que *« le juge des référés peut, même en l'absence d'une demande au fond, accorder une provision au créancier qui l'a saisi lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable. Il peut, même d'office, subordonner le versement de la provision à la constitution d'une garantie ».*

**L'objet du référé-provision est de permettre le versement rapide d'une provision**, assortie le cas échéant d'une garantie, dans les cas où la créance invoquée par le demandeur n'apparaît pas sérieusement contestable (CE, 10 juillet 2002, SARL Grey Diffusion). Il permet aux créanciers de l'Administration d'obtenir en quelques mois une avance sur les sommes dues, voire la totalité de la somme réclamée, en attendant que le montant exact de leur créance soit déterminé.

À supposer l'entreprise requérante effectivement créancière de la somme en litige, elle doit prouver que l'obligation de la personne publique paraît, en l'état du dossier, assez évidente.

Le référé-provision est donc un moyen rapide et efficace de percevoir le prix convenu dans un contrat public (ou toute autre créance).

**Cette procédure peut être utilisée à l'encontre de l'ensemble des personnes publiques.**

Depuis la réforme de 2000, le référé est devenu une procédure largement employée et le juge n'hésite pas, lorsque les conditions sont réunies, à accorder des provisions. Le référé-provision est un outil de prévention des litiges au fond.

Le juge administratif dispose des mêmes pouvoirs dans son champ de compétence que le juge judiciaire dans le sien : par l'article 809 du Code de procédure civile, il peut, dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, accorder une provision au créancier.

Comme tous les référés, la **requête est instruite et l'ordonnance rendue par un magistrat statuant seul**. Le juge des référés ne fait droit à la requête que pour autant que celle-ci établisse que l'obligation invoquée n'est pas sérieusement contestable.

Le référé-provision est en pratique limité au domaine des litiges d'ordre pécuniaire. Le juge des référés administratif n'est toutefois compétent que pour autant qu'il est – ou serait – compétent pour trancher le litige au fond.

La **demande en référé n'est pas nécessairement l'accessoire d'un recours au fond** : « *Le juge des référés peut, même en l'absence d'une demande au fond, accorder une provision »,* indique l'article R. 541-1 du Code de justice administrative.

L'absence d'obligation de requête au fond a deux conséquences :

- d'une part, la demande n'est pas soumise à l'obligation de l'existence d'une décision préalable, à moins que l'existence de la créance elle-même soit soumise à ce préalable par une disposition spécifique (en particulier, les créances en matière de marchés publics et les exigences des CCAG, comme l'article 50-3 du CCAG Travaux). Le Conseil d'État considère que si le CCAG Travaux prévoit la mise en œuvre d'une procédure de recours préalable (article 50) avant la saisine du juge administratif, l'existence même de ce recours fait obstacle à ce qu'une des parties saisisse directement le juge administratif, y compris en référé. Cependant, le **juge statuant en référé peut être saisi dès lors qu'une des parties a engagé la procédure de recours préalable, sans attendre que celle-ci soit parvenue à son terme** (CE, 16 décembre 2009, Société d'architecture Groupe 6).
- d'autre part, le débiteur de la provision, donc *a priori* le défendeur au référé, a la possibilité, en application de l'article R. 541-4 du Code de justice administrative, de saisir le juge du fond pour qu'il fixe définitivement l'étendue réelle de la créance, avec toutes les garanties de qualité offertes par les jugements au fond. C'est une disposition qui s'explique compte tenu de la logique de la procédure du référé-provision, mais elle est peu utilisée.

**L'urgence** qu'il y aurait à la résolution du différend **n'est pas une condition exigée** pour rendre la demande recevable.

Enfin, sur le plan procédural, le référé-provision fait l'objet d'une instruction, contradictoire, mais simplifiée. La requête est notifiée au défendeur avec un délai pour déposer ses écritures en défense. Mais ces écritures, si elles existent, ne seront pas obligatoirement transmises au demandeur, même si en pratique elles le sont le plus souvent, dans la mesure où elles comportent un élément nouveau susceptible d'influencer la décision du juge. Il n'y aura pas, dans la plupart des cas, d'audience.

**La demande de référé n'est pas obligatoirement précédée d'un recours au fond. Faute d'une telle demande au fond**, formée par le requérant ou par le défendeur, **la décision du juge des référés sera la seule décision du juge de première instance**. Pour statuer, le juge du référé-provision va nécessairement apprécier les chances de succès et même la reconnaissance du bien-fondé, au moins pour partie, du fond du litige, que la requête au fond existe ou non. C'est d'ailleurs pour cette raison que le juge du référé-provision ne peut faire partie de la formation collégiale éventuellement appelée à juger l'affaire au fond : il a pris parti sur la question de droit. « *Le juge du référé-provision a clairement exprimé une opinion à l'occasion de l'appréciation du caractère contestable ou non de l'obligation susceptible de peser sur la puissance publique*. »

Ainsi, à la différence du juge du référé ordinaire, il ne laisse pas intacts les droits des parties sur le fond en n'ordonnant que des mesures de sauvegarde.

Le juge du référé-provision va rendre une décision – fréquemment en pratique – définitive. En effet, les requérants n'hésitent plus à limiter le plus souvent leur action contentieuse au seul référé-provision.

Par ailleurs, **l'exigence d'une obligation « non sérieusement contestable »** distingue ce référé du référé ordinaire.

La « provision » accordée peut éventuellement couvrir l'intégralité de la créance invoquée. Le montant de la provision n'a d'autre limite que le montant non sérieusement contestable de la dette alléguée. Si le défendeur n'introduit pas de recours au fond, l'affaire ne sera jamais examinée par le juge du fond, ce qui va désencombrer les rôles des juridictions administratives avec une décision rapide et qui satisfait l'une des parties et que l'autre accepte. **Cela suppose toutefois que le demandeur soit en mesure de chiffrer intégralement son préjudice**, ce qui ne sera pas exceptionnel en matière contractuelle.

Enfin, **cette décision**, pour être une décision de référé, sera néanmoins **immédiatement et pleinement exécutoire**, à l'égal d'une décision juridictionnelle passée en force de chose jugée. C'est ainsi que la condamnation à payer une somme fixée par l'ordonnance doit être exécutée par la personne publique dans un délai de deux mois, à défaut de quoi elle peut être exécutée directement par le comptable assignataire pour l'État ou par mandatement d'office du préfet pour les collectivités locales.

Ce référé de l'article R. 541-1 est susceptible d'un appel et d'un pourvoi en cassation.

## En résumé

Le juge administratif compétent pour statuer sur une requête en référé-provision est celui qui aurait compétence pour connaître du litige principal auquel se rattache la provision demandée.

La recevabilité d'une requête en référé-provision n'implique pas par elle-même l'exercice d'un recours administratif préalable ou l'envoi d'une mise en demeure restée sans suite. Pour que la requête soit recevable, il faut et il suffit qu'il existe une créance non sérieusement contestable.

Le fait que la créance soit non sérieusement contestable n'implique pas que la créance ne soit pas contestée. Il faut seulement que la contestation ne soit pas « sérieuse », c'est-à-dire qu'elle n'introduise pas un doute dans l'esprit du juge quant à la réalité de la somme due (CE, Sect., 10 avril 1992, Centre hospitalier d'Hyères).

**Il est possible de demander au juge une provision pour les situations intermédiaires non réglées avant même que le décompte général n'ait été arrêté entre les parties** (CE, 3 décembre 2003, Bernard Travaux Polynésie).

Il est également possible d'obtenir une provision sur les sommes non contestées résultant d'un rapport d'expertise.

Mais si le maître d'œuvre n'a pas « vérifié le service fait », il existe une contestation sérieuse qui s'oppose à l'octroi d'une provision.

Il incombe au requérant de chiffrer sa demande. Si la situation change par la suite, rien n'interdit au demandeur de saisir à nouveau le juge pour faire modifier le montant de la provision qu'il avait obtenue.

Le requérant peut demander la totalité de la somme qu'il estime lui être due. Le juge peut accorder la totalité de la provision demandée (CE, 20 mars 2000, Département des Hauts-de-Seine). Comme il n'est plus nécessaire de saisir le juge du fond parallèlement, l'octroi d'une provision égale à la totalité de la somme impayée met fin au litige si l'Administration ne forme aucun recours contre l'ordonnance.

Le juge qui déduit le caractère contestable de l'absence d'urgence ou de l'absence de nécessité dans laquelle se trouve le demandeur commet une erreur de droit (CE, 20 décembre 2006, SNC Cannes Estérel).

En fonction de l'encombrement des tribunaux, le délai peut être en pratique de quelques semaines, voire de deux à trois mois.

### 2.2.3. Les procédures de mandatement et d'inscription d'office

Ces procédures sont prévues aux articles L. 232-1 et suivants du Code des juridictions financières (CJF), lesquels renvoient aux articles L. 1612-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales (CGCT) permettant aussi d'obtenir le paiement d'une créance et, en particulier, du prix convenu dans un marché public. Elles nécessitent la réunion de plusieurs conditions.

#### *1. Conditions*

**Les procédures sont limitées aux personnes suivantes** : les collectivités territoriales (communes, départements, régions) ; les établissements publics locaux (CGCT, art. 1612-20) : OPHLM, centres communaux d'action sociale (CCAS), caisses des écoles, régies personnalisées, services départementaux d'incendie et de secours (SDIS), centres de gestion de la fonction publique territoriale (CGFPT) ; les établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) ; le Centre national de la fonction publique territoriale (CJF, art. L. 232-8).

**Ces procédures ne concernent donc pas** les créances d'autres personnes publiques, dont l'**État**, ou celles intéressant les personnes privées (en particulier, les sociétés anonymes, dont les **SA d'HLM**, et les **sociétés d'économie mixte [SEM]**).

Certaines catégories d'établissements doivent être distinguées : pour les offices publics d'aménagement et de construction (OPAC), soumis aux règles applicables aux entreprises de commerce, la procédure de mandatement d'office ne s'applique pas (CJF, art. L. 232-7) ; pour les établissements publics de santé, la procédure d'inscription d'office ne s'applique pas (CJF, art. L. 232-5) ; enfin, les créances à l'égard des établissements publics locaux d'enseignement obéissent à un régime propre (CJF, art. L. 232-4).

**L'entreprise doit s'assurer, d'une part, avoir transmis la demande de paiement dans les formes fixées par le contrat, et, d'autre part, avoir donné date certaine à la demande de paiement** (par lettre recommandée avec AR ou remise contre récépissé).

Quand une entreprise est créancière de l'une des personnes publiques citées ci-dessus, il convient de déterminer si les crédits nécessaires ont été inscrits à son budget. Avant d'initier l'une ou l'autre de ces procédures, **l'entreprise doit demander à son cocontractant public, par écrit, le motif du non-paiement**. Si un doute subsiste sur le fait que les crédits sont ou non inscrits au budget, il faut solliciter la communication des documents budgétaires de la personne publique concernée. À défaut d'avoir pu obtenir ces renseignements, l'article R. 1612-33 du Code général des collectivités territoriales prévoit que *« le président de la chambre régionale des comptes se les fait communiquer par le représentant de l'État »*.

#### *2. Mise en œuvre*

##### *La procédure de mandatement d'office*

Si les crédits nécessaires sont inscrits au budget du cocontractant public, mais que celui-ci refuse néanmoins de mandater la somme, l'entreprise doit saisir le préfet par un mémoire

circonstancié, accompagné de l'ensemble des pièces justificatives, afin qu'il mette en œuvre cette procédure (CGCT, art. 1612-16).

Le préfet prend un arrêté notifié à la personne publique et au créancier, sans que la chambre régionale des comptes (CRC) puisse être saisie.

La décision du préfet peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant le tribunal administratif par le créancier ou la personne publique.

*La procédure d'inscription d'office*

Cette procédure peut être mise en œuvre quand les crédits nécessaires n'ont pas été inscrits au budget du cocontractant public (CGCT, art. L. 1612-15). Elle est soumise à des conditions et à une procédure plus complexes.

**La dépense doit être obligatoire**. Selon le Conseil d'État, « *une dépense ne peut être regardée comme obligatoire et faire l'objet d'un mandatement d'office que si elle correspond à une dette échue, certaine, liquide, non sérieusement contestée dans son principe et dans son montant et découlant de la loi, d'un contrat, d'un délit, d'un quasi-délit ou de toute autre source d'obligations* » (CE, 17 décembre2003, Natexis).

**L'entreprise doit saisir la CRC par un mémoire accompagné des pièces justificatives** (CGCT, art. R. 1612-32). La CRC constate, dans le délai d'un mois à partir de sa saisine, l'absence d'inscription de la dépense obligatoire au budget de l'exercice en cours. Elle adresse une mise en demeure à la personne publique concernée (CGCT, art. R. 1612-37). Si la CRC considère que la dépense n'est pas « obligatoire », cette décision peut faire l'objet d'un recours administratif.

Si la saisine de la CRC intervient en fin d'année, alors qu'il n'est plus possible d'agir sur l'exercice en cours, celle-ci peut mettre en demeure la personne publique de délibérer pour inscrire cette dépense au budget suivant (dans ce cas, le préfet pourra être invité à s'assurer du respect de cet engagement).

La personne publique concernée dispose d'un mois à compter de la date de cette mise en demeure pour procéder à l'inscription à son budget.

À défaut, la CRC demande au préfet d'inscrire cette dépense au budget et de le rendre exécutoire (sans intervention de la personne publique débitrice ; elle peut toutefois attaquer devant le juge administratif l'arrêté d'inscription d'office du préfet). Ces décisions doivent intervenir dans un délai de vingt jours à compter de la notification de l'avis de la CRC. Elles sont adressées à la personne publique intéressée ainsi qu'à son comptable, d'une part, et à la CRC, d'autre part (CGCT, art. R. 1612-11).

**Si la CRC reconnaît le caractère obligatoire de la dépense, le préfet reste cependant libre de ne pas suivre son avis par une décision motivée**, susceptible d'être contestée devant le juge administratif par l'entreprise (CE, 10 février 1988, Commune de Brives-Charensac, où le préfet a refusé de procéder à l'inscription d'office). La responsabilité de l'État peut être retenue dans ce cadre pour faute lourde. La réciproque est inverse : le préfet est lié par l'appréciation du caractère non obligatoire de la dépense par la CRC.

### 2.2.4. Cas particulier des intérêts moratoires dans les marchés publics

Tout dépassement du délai global de paiement ouvre de plein droit le bénéfice d'intérêts moratoires à compter du jour suivant l'expiration du délai (CMP, art. 98). Le cocontractant

public concerné doit constater ce dépassement pour chaque paiement, mais aussi liquider et mandater les intérêts moratoires, et informer l'entreprise du dépassement. Si le mandatement de tout ou partie des intérêts moratoires n'est pas intervenu dans le délai de trente jours de la mise en paiement du principal, des intérêts moratoires complémentaires sont dus. L'article 1612-18 du Code général des collectivités territoriales organise la procédure de mandatement d'office des intérêts moratoires dans le cadre général des commandes publiques.

**La procédure, dont l'initiative appartient au seul comptable public, est la suivante** :

- en l'absence de mandatement des intérêts moratoires en même temps que le principal, le comptable doit alerter l'ordonnateur et le préfet du département dans les dix jours suivant la réception de l'ordre de paiement ;
- le préfet dispose alors de quinze jours pour adresser à l'ordonnateur une mise en demeure de mandatement.

Si celle-ci est infructueuse pendant plus d'un mois, il procède d'office au mandatement des intérêts moratoires dans un délai de dix jours.

Le cas échéant, la procédure d'inscription d'office sera mise en œuvre par le préfet.

### 2.2.5. Annulation du marché

**Toute irrégularité n'entraîne pas automatiquement la nullité du contrat**. Ce n'est qu'exceptionnellement que le juge doit prononcer l'annulation du contrat. Le retard de transmission d'une délibération au préfet est un vice de consentement sans conséquence sur la validité du contrat. Le juge privilégie ainsi la loyauté contractuelle et donc la recherche de l'intention des parties (CE, 28 décembre 2009, Commune de Béziers).

**Les conséquences de l'annulation d'un marché**. Un contrat nul est censé n'avoir créé aucune obligation et même n'avoir jamais existé. L'annulation implique que les parties reviennent à l'état antérieur à la signature du contrat (CE, 8 février 1999, Commune du Cap-d'Ail).

**L'entreprise a néanmoins droit au paiement des dépenses utiles à l'Administration** (sur le fondement de la responsabilité quasi contractuelle). L'entreprise doit reverser à la personne publique toutes les sommes reçues et a droit en contrepartie à une indemnité sur le seul fondement de l'enrichissement sans cause, c'est-à-dire dans la mesure seulement où les dépenses ont été effectivement « utiles » à la collectivité.

La jurisprudence a posé en principe qu'en cas de nullité d'un marché, « *il appartient au juge de déterminer en premier lieu le montant des sommes dues à l'entreprise au titre des dépenses utiles* » (CE, 19 avril 1974, Entreprise Louis Segrette ; Rec. CE 1974, tables p. 1057).

**Sont considérées comme utiles** les dépenses consistant dans la réalisation de travaux supplémentaires et la mise en œuvre de quantités supplémentaires liées à des modifications du projet par le maître d'ouvrage (CE, 26 mars 2008, Spie Batignolles).

**Sont également considérées comme des dépenses utiles** et devront à ce titre être indemnisées, des études relatives à un projet abandonné lorsque l'abandon du projet résulte des conclusions de ces études (CE, 20 octobre 2000, Citécâble Est ; CE, 24 novembre 2006, Malmezat-Prat).

**L'entreprise a également droit au bénéfice escompté et aux autres dépenses exposées** (sur le fondement de la responsabilité quasi délictuelle). Lorsque l'indemnité à laquelle l'entreprise a droit sur le terrain de la responsabilité quasi contractuelle (les dépenses utiles) ne lui

assure pas déjà une rémunération supérieure à celle que l'exécution du contrat lui aurait procurée (prix du marché), elle peut prétendre à un complément d'indemnité, cette fois sur le fondement de la responsabilité quasi délictuelle.

Le préjudice indemnisable sur le fondement de la responsabilité quasi délictuelle ne réside pas uniquement dans la **perte des bénéfices escomptés**. Il englobe également **le paiement des sommes correspondant aux autres dépenses exposées** par l'entreprise.

Cela peut correspondre à des surcoûts engendrés par l'allongement des délais d'exécution du chantier imputables au maître d'ouvrage, à la révision des prix applicables sur les travaux supplémentaires ainsi qu'à des intérêts moratoires contractuels sur ces travaux (CE, 26 mars 2008, Spie Batignolles).

**Les droits à indemnité n'existent que dans la limite du prix du marché**. C'est seulement dans l'hypothèse où l'indemnité calculée sur la base des dépenses utiles à la collectivité publique serait inférieure au prix du marché, qu'il y a lieu de rechercher si le préjudice subi par l'entreprise doit être supporté en totalité ou en partie, dans la limite de ce prix, par la collectivité dont la faute est à l'origine de la nullité du marché (CE, 19 avril 1974, Entreprise Louis Segrette ; ou CE, 26 mars 2008, Spie Batignolles).

**La règle est la même en cas de transaction** (CE, 8 décembre 1995, Commune de Saint-Tropez).

Par prix du marché, le Conseil d'État confirme qu'il s'agit non seulement du prix initial du marché, mais que ce plafond intègre aussi l'ensemble des rémunérations auxquelles l'entreprise aurait eu droit en exécution du contrat. Il s'agit notamment des éventuels avenants et travaux supplémentaires prescrits par le maître d'ouvrage… voire en diminution du prix des pénalités de retard dues par l'entreprise.

La faute de l'entreprise peut réduire d'autant l'indemnité qui lui est due.

Si le contrat a été obtenu dans des conditions de nature à vicier le consentement de la collectivité publique (**dol** de l'entreprise), cela fait obstacle au droit de l'entreprise à être indemnisée des dépenses utiles et du bénéfice escompté (CE, 22 février 2008, Tête).

**Si, compte tenu de son expérience des marchés publics**, l'entreprise ne pouvait ignorer la grave irrégularité de la procédure de passation de son marché, elle ne pourra prétendre à l'octroi d'une indemnité quasi délictuelle (mais elle pourra néanmoins se faire payer les dépenses utiles) (CE, 10 avril 2008, Société Decaux).

**Si, en tant que « *professionnelle avertie* », l'entreprise « *ne pouvait ignorer l'irrégularité entachant la procédure mise en œuvre par le département* »**, elle pourra se faire payer les dépenses utiles, mais se voir laissée à sa charge « *la moitié des conséquences dommageables de la nullité du contrat* », c'est-à-dire la moitié de l'indemnité quasi délictuelle (CE, 26 mars 2008, Spie Batignolles).

**En résumé : à quoi peut prétendre l'entreprise qui voit son marché annulé ?**

Lorsque la nullité a été constatée, l'entrepreneur a droit :

- au paiement des **dépenses utiles** à l'Administration ;
- au paiement de **toutes dépenses exposées pour l'exécution du contrat** et aux gains dont il a été privé ;
- **dans la limite** des sommes que l'exécution du contrat lui aurait procurées ;
- **et à condition** qu'il n'ait pas eu connaissance de l'illégalité de son marché.

### 2.2.6. La transaction

Le recours à la transaction se développe de plus en plus. C'est pourquoi une circulaire du 7 septembre 2009 relative au recours à la transaction pour la prévention et le règlement des litiges portant sur l'exécution des contrats de la commande publique vient compléter celle du 6 février 1995.

Son objet est la présentation des règles qui régissent la conclusion et l'exécution des transactions en matière de contrats de la commande publique.

Elle traite des points suivants :

1. cas dans lesquels le recours à la transaction est justifié ;
2. négociation des transactions ;
3. rédaction des transactions ;
4. conclusion des transactions ;
5. exécution des transactions par les comptables publics ;
6. homologation des transactions par le juge.

Il est précisé que « *la transaction emportant par elle-même des effets de droit, le recours à l'homologation par le juge administratif n'est donc pas nécessaire et doit rester exceptionnel* ».

Le Conseil d'État a en effet jugé « *qu'en dehors des cas où la contestation à laquelle il est mis fin a été précédemment portée devant le juge administratif, des conclusions tendant à ce que celui-ci homologue une transaction sont en principe dépourvues d'objet et par suite irrecevables* » (CE, Ass., Avis, 6 décembre 2002, Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de L'Haÿ-les-Roses).

# Bibliographie

## 1. La réglementation

**www.economie.gouv.fr** ou **www.legifrance.com** ou **www.colloc.bercy.gouv.fr**

Code des marchés publics issu du décret n° 2006-975 du 1er août 2006 modifié (www. economie.gouv.fr).

Arrêtés d'application du 28 août 2006.

*Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics*, 26 septembre 2014 modifié (www. economie.gouv.fr)

Cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics (CCAG Travaux) 2009 modifié (www. economie.gouv.fr).

*Guide pratique de dématérialisation des marchés publics*, 2012 (www. economie.gouv.fr).

*Le Prix dans les marchés publics. Guide et recommandations*, Ministère de l'Économie, avril 2013 (www.economie.gouv.fr).

*Guide à l'intention des maîtres d'ouvrages publics*, Ordre des architectes, 2014.

Norme Afnor NF P 03-001 - CCAG applicable aux travaux de bâtiment faisant l'objet de marchés privés (édition 2000) (www.afnor.fr).

## 2. Ouvrages avec mises à jour

### Droit des marchés publics

sous la direction de Christine Bréchon-Moulènes, Paris, Le Moniteur, 2006, 3 tomes, 1 300 p.

### Code des marchés publics

sous la direction de Michel Guibal, Paris, Le Moniteur.

### CCAG des marchés publics

sous la direction de Mireille Berbari, Le Moniteur, Paris.

## 3. Ouvrages de référence

### Droit de l'urbanisme et de la construction

Jean-Bernard Auby, Rozen Noguellou et Hugues Périnet-Marquet, 9e édition, Paris, Montchrestien, 2012.

### Droit de la construction 2010/2011

sous la direction de Philippe Malinvaud, Paris, Dalloz, 2010.

## 4. Ouvrages spécialisés

### Mémento des marchés publics de travaux

Patricia Grelier Wyckoff, 5e édition, Paris, Eyrolles, 2011.

### Mémento des marchés privés de travaux

Patricia Grelier Wyckoff, 3e édition, Paris, Eyrolles, 2011.

### Mémento des contrats complexes de la commande publique

Patricia Grelier Wyckoff, Paris, Eyrolles, 2012.

### La Sous-traitance dans la construction

Bertrand Sablier, Joseph-Emmanuel Caro et Séverin Abbatucci, 7e édition, Paris, Le Moniteur, 2012.

### Groupements d'entreprises et cotraitance

Jean-Pierre Babando, 2e édition, Paris, Le Moniteur, 2006.

### Le Contentieux des marchés publics

Catherine Bergeal et Frédéric Lenica, 2e édition, Paris, Le Moniteur, 2012.

### Guide de la réception des travaux, marchés privés

Fédération française du bâtiment, Paris, SEBTP, 2011.

**Les Impayés du bâtiment (marchés privés – marchés publics)**

6e édition, Paris, SEBTP, 2014.

**Prix forfaitaire – travaux de bâtiment (marchés publics – marchés privés)**

Paris, SEBTP, 2004.

## 5. Les contrats-types

**Contrat-type de sous-traitance**

SEBTP, Paris.

**Convention de groupement momentané d'entreprises conjointes**

SEBTP, Paris.

**Convention de groupement momentané d'entreprises solidaires**

SEBTP, Paris.

**Travaux privés – Marché type**

Publication de l'Office général du BTP en complément de la norme Afnor NF P 03-001, SEBTP, Paris.

# Index


**A**

acceptation des sous-traitants 100
acceptation et agrément d'un sous-traitant 125
accords-cadres 282, 333
acomptes 469
acte d'engagement 275
actes détachables 538, 540
action
  directe du sous-traitant 135
  indemnitaire 122
actualisation 397, 499
allotissement 72
annulation du marché 551
appel d'offres 291
  infructueux 296
  ouvert 330
  ouvert ou restreint 291
  restreint 295, 330
article 1792-6 du Code civil 439
article 1793 du Code civil 408
article 1799-1 du Code civil 362, 424
article L. 111-3-1, 2e alinéa, du CCH 424, 487, 495
article L. 441-6 du Code de commerce 487
assistant à maîtrise d'ouvrage (AMO) 22
assurances 93
astreinte 367, 422
augmentation de la masse des travaux 420
auto-entrepreneur 99, 151
autoliquidation de la TVA 109
autorisation d'occupation temporaire (AOT) 193
avance 348, 468
avenant 426, 428

**B**

bail emphytéotique administratif 191
bordereau des prix unitaires 276
bouleversement de l'économie du contrat 410

**C**

cahier des clauses
  administratives générales 276
  administratives particulières (CCAP) 276
  techniques particulières (CCTP) 276
calcul des seuils 225
capacités d'un autre opérateur 237
caractère attractif des travaux publics 200
caution 111, 120, 339, 349
  de sous-traitance 121, 127
  personnelle et solidaire 364
  personnelle et solidaire en remplacement de la retenue de garantie 344
CCMI 157
  avec fourniture de plan 167
  et sous-traitance 178
  sans fourniture de plan 168
certificat
  de cessibilité 482
  de signature 312
  de signature électronique 315
cession
  de créances 97
  ou nantissement des créances 482
cessions 484
chiffre d'affaires 238
circonstances
  imprévisibles 300
  imprévues 300, 428
CISSCT 61
comité interentreprises de sécurité, de santé et des conditions de travail (CISSCT) 65
comités consultatifs de règlement amiable des litiges (CCRA) 542
commission d'appel d'offres 291
compte prorata 430
conception-réalisation 80
concessions de travaux publics 190
concours de maîtrise d'œuvre 46

concurrence sociale déloyale 277
conditions du marché à forfait 400
conducteur d'opération 21
conséquences
  du marché forfaitaire 405
  financières de la réception 441
  juridiques de la réception 441
  juridiques du mandat 17
  juridiques du mandat MOP 14
consigner la retenue de garantie 352
contestation du décompte général 473
continuité du service public 423
contrat
  administratif 183
  de conduite d'opération 195
  de construction avec fourniture de plan 177
  de construction de maison individuelle (CCMI) 159, 167
  de maîtrise d'œuvre 34
  d'entreprise 161
  de partenariat 193
  de promotion immobilière (CPI) 19, 160, 180
  de vente d'immeuble à rénover (VIR) 165
contrats
  dans le secteur protégé 157
  de la loi MOP 195
  globaux sur performance 81
contrôle
  de la Cour de discipline budgétaire et financière 513
  de la Cour et des chambres régionales des comptes 513
  de la Mission interministérielle d'enquête sur les marchés publics et les délégations de service public 514
  de légalité exercé par le préfet 511
  de l'erreur manifeste d'appréciation 243
  des dépenses par le comptable public 513
convention de groupement 90
coordonnateur
  sécurité et protection de la santé 49, 54
coordonnées des CCRA 545
cotraitance 82
CPI 157
crédit spécifique 363
CREM 81
critère
  de la préférence locale 253
  de la valeur technique de l'offre 250
  de l'insertion professionnelle de publics en difficulté 252
  du bilan carbone 254
  du prix 248
  esthétique 252
  géographique 253
critères
  de sélection des candidatures 235
  de sélection des offres 246

**D**

date limite d'intervention 384
DC 1 88, 228
DC 2 88, 237
DC 4 114
décision de poursuivre 429
déclaration sans suite 297
décompte
  définitif 503, 504
  final 469
  général 470, 471
  général et définitif (DGD) 470, 472
décret du 30 décembre 2005 324
défaillance 94
défaut de paiement 423
définition 297, 302, 340
  préalable du besoin 217
délai
  de standstill 527
  de suspension de la signature du marché (délai dit de standstill) 521
  d'exécution 383
  global de paiement 463
délais de paiement entre professionnels privés 487
délégation
  de paiement 111, 120, 121, 122, 131
  de service public 189
délit de favoritisme 518
dématérialisation dans les marchés privés 318
dématérialisation dans les marchés publics 307
dépenses
  communes de chantier 430
  d'intérêt commun 430
dérogations au principe d'allotissement 77
déroulement 301, 303
détecter une OAB 259
devis 276, 319
  détaillé 321
  obligatoire 320
devoir de conseil 377
dévolution des marchés 71
DGD 480
DGD tacite 476
dialogue compétitif 302
différents types de maîtres d'ouvrage 5
diminution de la masse des travaux 418, 422

dispense de fournir certains documents 237
documents
à produire par le seul attributaire 245
à signer électroniquement 314
dossier d'intervention ultérieure sur l'ouvrage 65
droit
à indemnisation 418, 422
de résiliation du marché 422
durée
de validité des offres 270

**E**

effet attractif des travaux publics 197
égalité de traitement des candidats 212
éléments de mission de maîtrise d'œuvre 28
engagement de la maîtrise d'œuvre 36
entité adjudicatrice 11
entrepreneurs 71
entreprises
défaillantes dans un précédent marché 240
en difficulté financière 229
nouvellement créées 242
sans expérience 242
erreur
manifeste d'appréciation 255
matérielle 269
matérielle dans l'offre de l'entrepreneur 268
matérielle du maître d'ouvrage sur le DCE 267
étapes de la réception 445
exception d'inexécution 368, 423, 424
EXE 4 447
EXE 5 448
EXE 6 448
EXE 7 448
exemplaire unique 482
expérience du candidat 243

**F**

faire des réserves 382
fait du prince 417
Fédération française du bâtiment (FFB) 259, 261
fonction de maîtrise d'œuvre 25
fonctionnement des GME 87
fonctions des maîtres d'ouvrage 9

**G**

garantie
à première demande 339, 346, 358
de livraison 172
de paiement 363
de paiement due aux sous-traitants indirects 120
de parfait achèvement 458
garanties 339
dans un contrat de sous-traitance 359
garde
de l'ouvrage 394
du chantier 425
gardiennage du chantier 395
gestion et règlement du compte prorata 435
gestionnaire du compte prorata 436
GME 84
GME solidaire 84
groupement
conjoint 84, 483
d'entreprises 315
solidaire 85, 483
groupements
momentanés d'entreprises (GME) 82

**I**

imprévision 417
indemnisation
des entrepreneurs 418
du candidat évincé 540
pour retard du fait du maître d'ouvrage 502
informations à communiquer au candidat évincé 522
inscription d'office 549
interdictions de soumissionner 226
intérêts moratoires 465, 466, 472
interruption des travaux 423, 424, 425

**L**

liberté d'accès à la commande publique 214
liquidation judiciaire 233
loi MOP 12, 27
loi n° 71-584 du 16 juillet 1971 349
loi Savary 277
lots infructueux ou sans suite 289

**M**

maître d'ouvrage 3
délégué 11
maîtres d'ouvrage 8
assujettis à la loi MOP 27
soumis à de l'ordonnance du 6 juin 2005 6
soumis au Code des marchés publics 5
maîtrise d'œuvre 25
mandataire 85, 87
mandat de maîtrise d'ouvrage 195
mandatement 549
MAPA 308
MAPA pour les « petits lots » 288
marché 189
à bons de commande 335

à prix forfaitaire 399
à prix global et forfaitaire 397
à prix unitaire 399
négocié complémentaire 428
unique, dit « à l'entreprise générale » 77
marchés
à bons de commande 279
à forfait 376
à procédure adaptée (MAPA) 284
à tranches conditionnelles 281
formalisés 291
négociés 297
APRÈS publicité préalable ET mise en concurrence 298
SANS publicité préalable et SANS mise en concurrence 299
mémoire
définitif 503
de réclamation 473
en réclamation 506
méthode de notation des offres 263
mission
du coordonnateur 55
du maître d'ouvrage délégué 12
modèle
d'acte de caution (art. 1799-1 du Code civil) 372
d'acte de caution (retenue de garantie) 357
d'acte de caution (retenue de garantie)… avec le sous-traitant 360
d'acte de « cautionnement garantissant le paiement des sommes dues au sous-traitant par l'entrepreneur principal » 129
de mémoire de réclamation 509
de procès-verbal de réception 454
modification
dans la masse des travaux 418
du dossier de consultation 267
montant et objet de la retenue de garantie ou de la caution qui la remplace 353
motifs de l'éviction 520

**N**

nature des contrats de maîtrise d'œuvre 26
négociation 289, 302, 304
niveaux minimaux de capacité 239
norme Afnor NF P 03-001 408, 431, 497, 505
notation des offres 264
NOTI 7 347
NOTI 8 345
nullité du contrat de sous-traitance 133

**O**

OAB 258
obligation
de conseil 378
de rejeter une offre qui compromet la bonne exécution du marché 263
de respecter les délais 383
de supporter les risques 391
d'exécuter les ordres de service (OS) 376
pour le maître d'ouvrage privé 362
obligations 375
de l'entrepreneur liées à l'exécution des travaux 375
des entreprises 60
du maître d'ouvrage 56
pendant l'exécution 375
offre
de base 265
économiquement la plus avantageuse 246, 291, 294
économiquement la plus avantageuse et pondération 329
inacceptable 271, 274
inappropriée 271, 275
irrégulière 271
offre anormalement basse (OAB) 258
opérations préalables à la réception (OPR) 446
ordonnance n° 2005-659 du 6 juin 2005 modifiée 322
ordre
de priorité des documents 276
de réparation 321
public 371
ouvrages publics 199

**P**

paiement
des acomptes 503
des marchés 461
direct 111, 112, 113
du solde 503, 508
du solde du marché 469
passation
des conventions de mandat 14
des marchés de maîtrise d'œuvre 43
des marchés de travaux 209
des marchés privés 318
des marchés soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005 322
pénalités 94
de retard 453, 501
de retard de paiement 492
en cas de retard dans l'exécution 386
pièces
absentes ou incomplètes 244
constitutives d'un marché 275
plan général de coordination (PGC) 59
plan général de coordination santé et sécurité 61

plan particulier de sécurité et de protection de la santé (PPSPS) 62
PME
définition 469
pondération des critères 255
pouvoir adjudicateur 11
pouvoirs du coordonnateur 56
PPSPS 60
préférence locale 253
principe de transparence des procédures 211
principes de transparence des procédures, d'égalité de traitement des candidats et de liberté d'accès à la commande publique 210
prise illégale d'intérêts (délit d'ingérence) 514
privilège « de pluviôse » 486
prix du marché 403, 497
procédure
de DGD tacite 476, 505
de mandatement d'office 549
de sauvegarde 229
d'inscription d'office 550
procédures
de passation des marchés publics 284
négociées 331
profil d'acheteur 223, 308
projet de décompte final 469, 470
projet de décompte général 470, 471
prolongation du délai 418
prolongation du délai d'exécution 384, 418, 422, 425
publicité 219
adaptée 221
européenne 223
formalisée 223

## R

ratification des travaux supplémentaires 412
réception
des travaux 439
judiciaire 457
tacite 455
recours
dans les marchés publics 520
gracieux ou hiérarchiques 523
« Tarn-et-Garonne » ou « Tropic II » 538
redressement judiciaire 231
référé
contractuel 527, 531
précontractuel 525
référé-provision 546
refus de réception 452
registre journal (RJ) 64
règles communes à tous les marchés de sous-traitance 98
REM 81
rémunération des cotraitants 90
requalification du contrat de sous-traitance par le juge 143
réserves 377
à la réception 453
respect des principes 210
respect des règles de l'art 378
responsabilité
du maître d'œuvre 37
du maître d'ouvrage 138
du maître d'ouvrage public vis-à-vis du sous-traitant impayé 122
du maître d'ouvrage vis-à-vis du sous-traitant irrégulier impayé : l'action indemnitaire 137
ressorts des comités consultatifs interdépartementaux 545
retenue de garantie 108, 339, 340, 349
révision 500
du prix 398
risques 425

## S

sanction de la non-fourniture de la garantie 367
sanctions des retards de paiement entre professionnels privés 492
secteur protégé 157
sélection
des candidats 226
des candidatures 247
sélection des offres 246, 247
SEP 148
seuil de 15 000 € 220
seuils
communautaires 223, 284
de 90 000 € 221, 223
dits « européens » ou « communautaires » ou « de procédure formalisée » 209
signature électronique 311
sociétés en participation 148
solidarité 91
sous-critères 256
sous-critères de sélection 257
sous-traitance 98
de pose 104
en chaîne 106
et marchés privés 125
et marchés publics 111
irrégulière 106
sujétions imprévues 411, 415
surseoir à l'exécution du contrat 368

suspension de l'exécution 495

**T**

théorie
de l'imprévision 186
des sujétions imprévues 188
du fait du prince 185
transaction 553
travaux
indispensables 414
publics 197
supplémentaires 405
utiles 414
trois catégories d'opérations SPS 52
TVA 408

**U**

urgence impérieuse 299, 300

**V**

variantes 265, 327
VEFA 157, 158, 162
vente d'immeuble à construire 158
vente en état futur d'achèvement (VEFA) 20, 195
versement direct du montant du crédit « spécifique travaux » 363
VIR 157
vol 396

**Chez le même éditeur (extrait du catalogue)**

***Droit***

Gaële Chamming's, *Piloter un contrat de partenariat dans une collectivité territoriale*, 128 p., 2013

Patricia Grelier Wyckoff, *Pratique du droit de la construction, Marchés publics et privés*, 7e éd., 480 p., 2015

– *Le mémento des marchés publics de travaux*, 5e éd., 320 p., 2012

– *Le mémento des marchés privés de travaux*, 3e éd., 304 p., 2011

– *Le mémento des contrats complexes de la commande publique*, 208 p., 2012

Patrick Gérard, *Pratique du droit de l'urbanisme. Urbanisme réglementaire, individuel et opérationnel*, 6e éd., 336 p., 2013

Bernard de Polignac, Jean-Pierre Monceau & Xavier de Cussac, *Expertise immobilière. Guide pratique*, 6e éd., 496 p., 2013

Jean-Louis Sablon, *Le contentieux des dommages de construction. Analyse et stratégie*, 384 p., 2012

***Généralités***

Xavier Bezançon & Daniel Devillebichot, *Histoire de la construction*

– *de la Gaule romaine à la Révolution française*, 392 p. en couleurs, 2013

– *moderne et contemporaine en France*, 480 p. en couleurs, 2014

Jean-Paul Roy & Jean-Luc Blin-Lacroix, *Le dictionnaire professionnel du BTP*, 3e éd., 828 p., 2011

Collectif ConstruirAcier sous la direction de Jean-Pierre Muzeau, *Lexique de construction métallique et de résistance des matériaux*, 368 p., 2013

***Formation initiale***

Yves Widloecher & David Cusant, *Manuel d'analyse d'un dossier de bâtiment. Initiation, décodage, contexte, études de cas*, 228 p., 2013

– *Manuel de l'étude de prix, Entreprises du BTP. Contexte, cours, études de cas, exercices résolus*, 2e éd., 224 p., 2013

Léonard Hamburger, *Maître d'œuvre bâtiment. Guide pratique, technique et juridique*, 2e éd., 400 p., 2013

Michel Brabant, Béatrice Patizel, Armelle Piègle & Hélène Müller, *Topographie opérationnelle. Mesures, calculs, dessins, implantations*, 396 p., 2011

***Bâtiment***

Collectif UNTEC/ConstruirAcier, *Économie et solutions acier*, 5e éd., 104 p., 2014

Marc Landowski & Bertrand Lemoine, *Concevoir et construire en acier*, nelle éd., 112 p. en couleurs, 2012

Patrick Dupin, *Le LEAN appliqué à la construction. Comment optimiser la gestion de projet et réduire coûts et délais dans le bâtiment*, 144 p., 2014

Pierre Engel, *Guide de la réhabilitation des enveloppes et des planchers*, 184 p. en couleurs, 2014

Christian Lemaitre, *Les propriétés physico-chimiques des matériaux de construction*, 132 p., 2012

– *Mise en œuvre et emploi des matériaux de construction. Sols. Pierres. Terres cuites. Liants hydrauliques. Bétons. Métaux & alliages métalliques. Bois. Verre & vitrages. Dégradations, protection, maintenance. Préoccupations sociétales*, 268 p., 2012

Daniel Faisantieu, *Prévention des désordres liés au sol dans la construction*, 172 p. en couleurs, 2013

Thomas Gaumart & Alexandre Caussarieu, *Rénovation des façades. Guide à l'usage des professionnels*, 2e éd., 186 p., 2013

**… et des dizaines d'autres livres de BTP, de génie civil, de construction et d'architecture sur**

**www.editions-eyrolles.com**